Pandekten

von

Prof. Dr. J. Baron.

Dritte verbesserte Auflage.

(Unter Berücksichtigung der Civilgesetzgebung des neuen deutschen Reichs.)



Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1879.

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

Erstes Capitel.

Das Pandektenrecht.

Zweites Capitel.

Der Begriff des Rechts und seine Arten.

Erster Titel.

Das Recht im objectiven Sinne oder die Rechtsvorschriften.

Zweiter Titel.

Erstes Buch.

Die allgemeinen Lehren über die Rechte im subjectiven Sinne.

Erstes Capitel.

Die Personen.

Zweites Capitel.

Die Sachen.

Drittes Capitel.

Die juristischen Thatsachen.

Entstehung, Endigung, Erhaltung, Aenderung der Rechte.

Dritter Titel.

Die Zeit als juristische Thatsache.

Viertes Capitel.

Fünftes Capitel.

Der Schutz der Rechte.

Erster Titel.

Zweiter Titel.

Dritter Titel.

Gerichtliche Geltendmachung der Rechte.

Zweites Buch.

Das Recht des Besitzes.

Erstes Capitel.

Zweites Capitel.

Die Möglichkeit des Besitzes.

Drittes Capitel.

Erwerb und Verlust des Besitzes.

Viertes Capitel.

Schutz des Besitzes.

Drittes Buch.

Die dinglichen Rechte.

Erstes Capitel.

Das Eigenthum.

Erster Titel.

Begriff und Inhalt des Eigenthums.

Zweiter Titel.

Dritter Titel.

Vierter Titel.

Der Erwerb des Eigenthums.

Fünfter Titel.

Sechster Titel.

Schutz des Eigenthums.

Zweites Capitel

Die Servituten.

Erster Titel.

Die allgemeinen Grundsätze.

Zweiter Titel.

Die einzelnen Servituten.

Dritter Titel.

Entstehung der Servituten.

Vierter Titel.

Fünfter Titel.

Sechster Titel.

Der Servitutenbesitz (Juris quasi possessio).

Drittes Capitel.

Die Emphyteuse.

Viertes Buch.

Die Obligation.

Erste Abtheilung.

Die allgemeinen Lehren.

Erstes Capitel.

Zweites Capitel.

Entstehung der Obligation.

Drittes Capitel.

Der Inhalt der Obligation.

Sechstes Capitel.
Aufhebung der Obligation.

Zweite Abtheilung.
Die einzelnen Obligationen.

Erſtes Capitel.
Forderungen auf ein Zurückleiſten.

Erſter Titel.
Das Darlehn.

Zweiter Titel.
Die Leihe.

Dritter Titel.

Vierter Titel.

Fünfter Titel.
Grundloſe Bereicherung.

Zweites Capitel.
Austauschobligationen.
Erster Titel.
Der Kauf.

Zweiter Titel.

Dritter Titel.
Die Miethe.

Drittes Capitel.
Obligationen aus einer Gemeinschaft.
Erster Titel.
Gesellschaftsvertrag.

Zweiter Titel.

Dritter Titel.

Viertes Capitel.
Obligationen aus der Führung fremder Geschäfte.
Erster Titel.
Geschäftsführung zufolge Auftrags (Mandat).

Zweiter Titel.

Fünftes Buch.

Das Familienrecht.

Erstes Capitel.

Das Eherecht.

Erster Titel.

Zweiter Titel.

Die Dos.

Dritter Titel.

Vierter Titel.

Fünfter Titel.

Sechster Titel.

Siebenter Titel.

Achter Titel.

Neunter Titel.

Zweites Capitel.

Drittes Capitel.

Die väterliche Gewalt.

Viertes Capitel.

Die Vormundschaft.

Sechstes Buch.

Erbrecht.

Erstes Capitel.

Einleitung.

Zweites Capitel.

Die Delation der Erbfolge.

Erster Titel.

Die testamentarische Erbfolge.

Zweiter Titel.

Die Intestaterbfolge.

Dritter Titel.

Das Notherbrecht.

Drittes Capitel.

Die Verwirklichung und die Aufhebung der Delation.

Erster Titel.

Die Verwirklichung der Delation oder der Erwerb der Erbschaft.

Zweiter Titel.

Die Aufhebung der Delation.

Dritter Titel.

Viertes Capitel.

Das Rechtsverhältniß des Erben.

Fünftes Capitel.

Die Vermächtnisse.

Erster Titel.

Zweiter Titel.

Die Errichtung des Vermächtnisses.

Die vor den einzelnen §§ citirten Bücher von Savigny und Vangerow sind Savigny's System des heutigen Römischen Rechts. 8 Bde. 1840—1849, und Vangerow's Lehrbuch der Pandekten. 3 Bde. 7. Aufl. 1863—1869.

Einleitung.

Erstes Capitel.

Das Pandektenrecht.

1) § 1. Begriff des Pandektenrechts. Reception des Römischen Rechts.

Wächter, Gemeines Recht Deutschlands. 1844. — Bruns in Ersch und Grubers Encyklopädie Bd. 57 S. 208 f. — Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte § 440 fg. — Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I, 609—655; II, 1—142. — Franklin, Beitr. z. Gesch. der Reception des R. R. 1863. — C. A. Schmidt, die Reception des Römischen Rechts in Deutschland. 1868. — Stölzel, die Entwickl. des gelehrten Richterthums in den deutschen Territorien. 1872. — Modderman n, die Reception des R. R. 1875. — Savigny, §§ 1. 2. 21. — Vangerow, §§ 1. 5.

I. Begriff des Pandektenrechts. Das in Deutschland seit etwa der Mitte des 16. Jahrhunderts bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts subsidiär geltende Privatrecht heißt das Gemeine Recht. Seitdem ist es in vielen Theilen Deutschlands abgeschafft und durch particuläre Codificationen ersetzt worden (durch das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten, den code Napoléon und das Landrecht für das Großherzogthum Baden, das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen); diejenigen Theile Deutschlands, in denen es noch gilt, heißen die Länder des Gemeinen Rechts. Das Gemeine Recht ist das Product einer Verbindung zwischen dem einheimischen Deutschen Rechte und den recipirten fremden Rechten, nämlich dem Römischen, dem Canonischen und dem Longobardischen Lehn-Recht; derjenige Theil des Gemeinen Rechts, welcher römischen Ursprungs ist, und welcher übrigens durch das einheimisch Deutsche und das Canonische Recht sowie durch die Praxis der Gerichte (§§ 3. 7) mannigfache Modificationen erfahren hat, wird Pandektenrecht, heutiges Römisches Recht, gemeines Civilrecht genannt.

II. Die Reception des Römischen Rechts erfolgte etwa in der Zeit von der Mitte des 15. bis zu der des 16. Jahrhunderts. Die Gründe der Reception waren mannigfach: der Mangel an historischem Sinn, zufolge dessen man das deutsche Reich schon unter den Nachfolgern Karls des Großen als eine Fortsetzung des römischen Reichs ansah; die

Bestrebungen der deutschen Könige seit Otto III. (namentlich der Hohenstaufen Friedrich I. und II.), auf ihre Kaiserwürde die Rechte der römischen (die Allgewalt über den ganzen Erdkreis) zu übertragen, zufolge deren sie das Römische Recht als das ihrer Vorgänger ansahen und es ihren Entscheidungen zum Grunde legten; die große Vollkommenheit des Römischen Rechts, welches seit dem 12. Jahrhundert auf den Universitäten Italiens, Frankreichs, Deutschlands studirt wurde, und welches die Herrschaft über die Geister der damaligen Zeit errang; der unvollkommne Zustand der deutschen Rechtsquellen, welche einerseits keine leitenden Grundsätze, sondern nur concret gefaßte Rechtssätze enthielten, und welche andererseits hinter dem rasch aufblühenden Handel und Gewerbe weit zurückblieben; die Geltung des Römischen Rechts in der Kirche, welche es in ihren Gesetzbüchern vielfach anerkannte und in ihren Gerichtshöfen anwandte; endlich das Eindringen gelehrter Juristen (der doctores juris) in die Verwaltungsämter und Gerichte des Reichs, der Territorien, der Städte, der Kirche als Kanzler, Geheimschreiber, Gerichtsbeisitzer, Syndici, Consulenten; die Verdrängung der Oberhöfe durch Gerichte und Schöffenstühle, welche mit gelehrten Juristen besetzt wurden, sowie durch die Juristenfacultäten, — durch alle diese Juristen ward das Römische Recht bei der Verwaltung, bei der Gesetzgebung, bei der Rechtsprechung in Anwendung gebracht; namentlich ist hier die Errichtung des Reichskammergerichts 1495 zu erwähnen, dessen Richter in ihrem Eide auf „des Reichs und Gemeine (d. h. Römische) Rechte" verpflichtet wurden, und welches den landesherrlichen Hofgerichten als Vorbild diente. — Auf dieses Eindringen der gelehrten Juristen in die Verwaltungs- und Gerichtsämter ist das größte Gewicht zu legen; es zeigt den Weg an, auf welchem die Reception geschah; die Reception ward durch die Juristen durchgesetzt, welchen es gelang, den Widerspruch vieler Kreise des Volkes zu überwinden (cf. § 7). — Das Römische Recht ward als subsidiäres Recht recipirt; es kommt also erst dann zur Anwendung, wenn particuläre Rechtsvorschriften nicht vorhanden sind. — Nach der früher allgemeinen, jetzt noch bei den Romanisten herrschenden Ansicht ward das Römische Recht in complexu recipirt, d. h. Gegenstand der Reception waren nicht die einzelnen Rechtssätze, sondern das römische Privatrecht als Ganzes, daher es in allen seinen Theilen Anwendung finden müsse, es sei denn, daß specielle Gründe der Nichtanwendung vorhanden sind (man drückte dies früher so aus: wer sich auf das Römische Recht beruft, hat fundatam intentionem für sich); bedeutende Germanisten unseres Jahrhunderts haben aber die entgegengesetzte Meinung aufgestellt, wonach nur diejenigen Regeln des Römischen Rechts als recipirt gelten, welche in der Praxis angewendet worden sind (vgl. zwei hierher gehörige Fälle in § 81 a. E. und in § 360 unter 3), und es erscheint diese Meinung als die richtigere; denn einerseits kann die Uebung und Anwendung der Juristen, durch welche die Reception erfolgte, nicht auf ein Rechtssystem im Ganzen, sondern nur auf mehr oder weniger zahlreiche Rechtssätze gerichtet sein, andererseits ist in der That ein großer Theil des in der Justinianischen Codification niedergelegten Rechts (namentlich das Staatsrecht) nicht recipirt worden. — Mit dem Römischen Recht zugleich ward das Longobardische Lehnrecht

(liber feudorum) recipirt. — Neben dem Römischen Recht ward das Canonische Recht recipirt, welches nicht blos kirchliche, sondern vielfach auch weltliche Materien (darunter einige wenige privatrechtliche, z. B. über Zinsen, bona fides, Eid, quarta Falcidia und Pflichttheil, vgl. §§ 43. 89. 144. 218. 449) behandelt; dasselbe hatte schon vor der Reception in den kirchlichen Gerichten als Gesetz gegolten, seine Reception bezog sich bloß auf die weltlichen Gerichte. — Durch die Reception der fremden Rechte wurde das einheimische Deutsche Recht zum Theil verdrängt (§ 2); soweit dies nicht geschah, verschmolzen die verschiedenen Rechtsquellen zu einem einheitlichen Rechtssystem: dem Gemeinen Recht.

2) § 2. Die Quellen des Pandektenrechts.

Vangerow, §§ 2—4. 6. 7.

Die Quellen des Pandektenrechts sind dreifach: die Justinianische Codification, das Canonische Recht und das einheimische Deutsche Recht.

I. Die Justinianische Codification. Das Römische Recht gelangte wesentlich durch die Thätigkeit der Glossatoren in Bologna zur Kenntniß Europa's; daher geschah seine Reception in Deutschland in derjenigen Form, in welcher es von den Glossatoren anerkannt worden war. Die Glossatoren erkannten nur die Justinianische Codification an: das seitdem sog. corpus juris civilis; nicht also das sog. jus antejustinianeum (d. h. diejenigen Stücke des Römischen Rechts, welche nicht in die Justinianische Codification aufgenommen worden sind), ebenso nicht das sog. jus postjustinianeum (d. h. die Gesetzgebung der späteren byzantinischen Kaiser, deren berühmtestes Werk, die Basiliken, aus dem Ende des 9. Jahrhunderts sind). Hat nun auch Beides keine Gesetzeskraft in Deutschland, so ist es doch ein Hilfsmittel zur richtigen Erkenntniß des Römischen Rechts: das vorjustinianische Recht deshalb, weil es von denselben classischen Juristen und Kaisern herrührt, deren Schriften und Aussprüche in die Digesten und den Codex aufgenommen sind; das nachjustinianische Recht deshalb, weil seine Urheber dem Justinianischen Recht der Zeit nach viel näher standen als wir. — Die Justinianische Codification besteht aus den Institutionen (publicirt am 21. November 533, mit Gesetzeskraft vom 30. December 533) aus den Digesten oder Pandekten (publicirt am 16. December 533, mit Gesetzeskraft vom 30. December 533) und aus dem Codex (repetitae praelectionis, publicirt am 16. November 534, mit Gesetzeskraft vom 29. December 534). Zu der Codification treten noch die Novellen, d. h. einzelne von Justinian nach Vollendung der Codification erlassene Gesetze. — Aus der Codification resp. den Novellen sind nur diejenigen Rechtsvorschriften recipirt, welche die Glossatoren dadurch anerkannten, daß sie dieselben mit Glossen versahen, daher das Rechtssprichwort: quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia. Daß die Glossatoren manche Rechtsvorschriften nicht glossirten, hat bald darin seinen Grund, daß sie sie für unpassend und verfehlt hielten, bald darin, daß die Handschriften des corpus juris civilis, welche sie besaßen, lückenhaft waren. In den Digesten nämlich sind mehrere, in dem Codex sehr viele Stellen in griechischer Sprache abgefaßt; diese waren in die Handschriften der Glossatoren nicht aufgenommen, und nur in den Digesten

1*

war meist dafür eine lateinische Uebersetzung eingeschoben. Das Resultat ist: in den Institutionen ist Alles glossirt; in den Digesten fast Alles (nämlich mit Ausnahme von l. 7. § 5. — l. 11. D. de bon. damn. XLVIII. 20. und l. 10.— l. 19. D. de interd. et rel. XLVIII. 22); in dem Codex ist sehr vieles unglossirt[1]; von den Novellen endlich, von welchen die Glossatoren nur 134 in lateinischer Uebersetzung (dem sog. authenticum) kannten, sind nur 96 glossirt[2]. Erst im 16. Jahrhundert ward der griechische Text der gedachten Gesetze bekannt, und es entstand die Streitfrage, ob, wenn die von den Glossatoren gebrauchte Uebersetzung (sog. versio vulgata) dem griechischen Text nicht entspreche, die Uebersetzung oder der griechische Text für uns maßgebend sei? Die Streitfrage ist zu Gunsten des griechischen Textes zu entscheiden, denn Gegenstand der Reception des R. R. sind diejenigen Rechtssätze gewesen, welche sich nach wissenschaftlicher Prüfung als von Justinian aufgestellt erweisen. — Die Glossatoren haben Mehreres zur Justinianischen Codification hinzugefügt: das Longobardische Lehnrecht (liber feudorum); sodann die authenticae Fridericianae, d. h. dreizehn Gesetze der Kaiser Friedrich I. und II., welche sie ganz oder im Auszug hinter die dadurch abgeänderten Stellen des Codex einschoben[3]; endlich die Authenticae Irnerii d. h. Auszüge aus den Novellen Justinians, welche ursprünglich die Glosse der durch diese Novellen abgeänderten Codexstellen bildeten, allmählich aber in den Text des Codex aufgenommen wurden[4]; wenn der Wortlaut der Auth. Irnerii vom Novellentext abweicht, so gebührt dem Novellentext der Vorzug.

Die am meisten verbeitete Ausgabe des Corpus juris civilis war in den letzten Jahrzehnten die Kriegelsche; in den letzten Jahren haben Mommsen und Krüger eine neue Ausgabe unternommen; es sind davon die Institutionen, die Pandekten und der Codex erschienen; es fehlen die Novellen.

II. Das Canonische Recht. Das Canonische Recht ist in derjenigen Gestalt recipirt worden, welche es in dem corpus juris canonici

[1] I, 1. l. 3. 5. 6. 7; I, 2. l. 15. 17. 18. 20. 24. 25. 26; I, 3. l. 29. 30. 36. 39. 40. 42—48. 53. 55. 57; I, 4. l. 14. 17. 18. 20. 22. 23. 25. 26. 29. 30. 32—34; I, 5. l. 9. 11—18. 20; I, 9. l. 2. 18; I, 10. l. 2; I, 11. l. 9. 10; I, 12. l. 3. 7. 8; I, 14. l. 10; I, 15. l. 2; I, 17. l. 3; I, 26. l. 6; I, 27. l. 1. § 8. l. 2. § 19—23; I, 33. l. 2; I, 52. l. 13; II, 2. l. 4; II, 7. l. 18. 19; II, 13. l. 27. 28; II, 59. l. 3; III, 1. l. 11. 12; III, 2. l. 2. 4. 5; III, 10. l. 1. 2; III, 43. l. 1. 2; III, 44. l. 15; IV, 20. l. 1. 13. 15. 16; IV, 65. l. 33; V, 1. l. 6; V, 4. l. 8b. 29; V, 9. l. 11 sqq.; V, 17. l. 12; VI, 4. l. 4; VI, 34. l. 4; VI, 48. l. un.; VII, 45. l. 15; VII, 51. l. 5; VII, 62. l. 35. 36; VIII, 10. l. 12; VIII, 12. l. 3; VIII, 40. l. 1; VIII, 41. l. 29; VIII, 52. l. 4; IX, 4. l. 6; IX, 5. l. 2; IX, 6. l. 1; IX, 8. l. 6; IX, 9. l. 37; IX, 16. l. 4b.; IX, 29. l. 2; IX, 47. l. 26; IX, 49. l. 11; X, 1. l. 11; X, 3. l. 7; X, 11. l. 7. 8; X, 16. l. 1. 13; X, 19. l. 9; X, 27. l. 2. 3; X, 30. l. 4; X, 55. l. 1; XI, 1. l. 1. 2; XI, 7. l. 16; XI, 40. l. 7; XI, 47. l. 18; XI, 53. l. 2; XII, 34. l. 8; XII, 38. l. 18. 19; XII, 41. l. 12; XII, 48. l. 3; XII, 61. l. 7; XII, 64. l. 2. — [2] Es sind dies nach der Sammlung von 168 Novellen, die heut im Gebrauch ist: 1—10. 12. 14—20. 22. 23. 33. 34. 38. 39. 44. 46—49. 51—58. 60. 61. 66. 67. 69—74. 76—86. 88—100. 105—109. 111—120. 123—125. 127. 128. 131. 132. 134. 143. 159. — [3] z. B. Auth. sacramenta puberum zu l. 1 C. si adv. vend. 2, 28. (vgl. unten § 218.)— [4] z. B. Auth. si qua mulier aus Nov. 134 c. 8 zu l. 22 C. ad sct. Vell. 4, 29. (vgl. unten § 256.)

clausum erhalten hat. Das letztere besteht aus dem decretum Gratiani (decretum schlechtweg) aus der Mitte des 12. Jahrhunderts, aus den decretales Gregorii IX. von 1234 (gewöhnlich liber Extra scil. decretum genannt und mit X. bezeichnet), aus dem liber sextus decretalium von Bonifacius VIII. von 1298, und aus den Clementinae von Clemens V. von 1313. Nicht hingegen gehören zum corpus juris canonici clausum zwei Privatsammlungen päpstlicher Decretalen aus späterer Zeit (die extravagantes Joannis XXII. und die sog. extravagantes communes von Urban IV. bis Sixtus IV.). Das Canonische Recht, soweit es das Privatrecht betrifft, hat das Römische Recht zur Grundlage, da bis ins späte Mittelalter hinein (gemäß dem sog. Personalitätsprincip) der Satz galt: ecclesia vivit lege Romana; zuweilen aber ist das Römische Privatrecht durch das Canonische modificirt worden (vgl. § 1 a. E.). In Fällen dieser Art ist dem Canonischen Recht der Vorzug vor dem Römischen zu geben, und zwar nicht etwa deshalb, weil das Canonische Recht das jüngere ist (denn die Reception des Canonischen Rechts in Deutschland geschah nicht später als die des Römischen, eher noch früher), sondern deshalb, weil man bis zur Reformation an ein Gesetzgebungsrecht der kirchlichen Behörden auch in weltlichen Dingen glaubte.

III. Das einheimische deutsche Recht. Dasselbe ist dreifach; es ist theils in Reichsgesetzen enthalten (Reichsabschieden, Reichsdeputationsabschieden, Reichsschlüssen, Reichsordnungen), theils tritt es als Deutsches Gewohnheitsrecht auf, theils zeigt es sich als Praxis der deutschen Juristen (§ 3 unter III). Die Reichsgesetze gehen den fremden recipirten Rechten vor, denn sie waren dazu bestimmt, das geltende Recht abzuändern, gleichviel welchen Ursprungs es war. Was hingegen das Deutsche Gewohnheitsrecht betrifft, so ist es nicht allen seinen Bestandtheilen gelungen, sich dem eindringenden Römischen Rechte gegenüber zu behaupten (z. B. der Gewere), andere hinwiederum haben sich behauptet (z. B. die bäuerlichen Nutzungsrechte) und sogar vielfach eine Modification des Römischen Rechts bewirkt (z. B. durch die Einführung der Formlosigkeit der Verträge). Nur diejenigen Reichsgesetze, gewohnheitsrechtlichen Vorschriften und Rechtssätze der Praxis, welche das Römische Recht modificiren, gehören in die Darstellung des Pandektenrechts. — Die für das Pandektenrecht wichtigsten Reichsgesetze sind: die Notariatsordnung Maximilians I. von 1512, Kaiser Karls V. Verordnung betreffs der Succession der Brüder- oder Schwesterkinder von 1529, die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577, die Reichsabschiede von 1529, 1532, 1548, 1551, 1555, 1567, 1576, 1654, (letzterer ist der letzte Reichsabschied, er heißt der jüngste Reichsabschied). Dazu treten die Gesetze des heutigen im Jahre 1871 wiederaufgerichteten deutschen Reichs, namentlich das G. v. 14. November 1867 betr. die vertragsmäßigen Zinsen (später auch in süddeutschen Staaten publicirt); das G. v. 7. Juni 1871 betr. die Verbindlichkeit zum Schadenersatz auf die beim Betrieb einer Eisenbahn, eines Bergwerks u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen; das Reichsrayongesetz v. 21. December 1871; das G. v. 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung; das G. v. 17. Februar 1875 über das Alter der Großjährigkeit. Auch im Reichsstrafgesetzbuch v.

15. Mai 1871 §§ 31 sq., 188. 231, im Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 sowie in der Reichscivilproceßordnung vom 30. Januar 1877 und in der Reichsconcursordnung vom 10. Februar 1877 finden sich bedeutende Modificationen des Pandektenrechts. Vgl. unten §§ 4. 5. 27. 42. 45. 49. 74. 76. 77. 80. 88. 94—100. 105. 120. 122. 126. 127. 150. 225. 227. 228. 231—235. 249. 252. 260. 263. 265. 288. 295. 298. 310.—311. 313. 314. 321. 343. 394.

3) § 3. Literatur des Pandektenrechts.

Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter (Bd. 3— Bd. 6. 2. Ausg. 1850). — Haubold, institutiones juris Romani literariae. Ed. 2. 1826. — Hugo, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts seit Justinian. 3. Aufl. 1830. — Warnkönig, Vorschule der Institutionen. 2. Ausg. 1854. — Vangerow. §§ 8—10b.

Die Literatur ist theils eine exegetische, theils eine systematische, theils von unmittelbar praktischer Tendenz.

I. Die Literatur von der Glosse bis zum Ablauf des 16. Jahrhunderts ist großentheils exegetisch, d. h. sie beschränkt sich auf Erklärung der einzelnen Gesetzesworte. Es sind drei Perioden zu unterscheiden: die der Glossatoren (1100—1250), die der Postglossatoren oder Commentatoren (1250—1500), die der französischen Schule (16. Jahrhundert). Die Bemerkungen der Rechtslehrer zu Bologna (Glossen), welche von Accursius († um 1260) gesammelt und gesichtet wurden (glossa ordinaria, Accursische Glosse), enthalten eine auf unmittelbares Quellenstudium gestützte, sehr scharfsinnige Auslegung der Quellen; allein es fehlt den Glossatoren an Geschichtskenntnissen wie an historischem Sinn: weder wissen sie etwas davon, daß die römischen Rechtssätze sich bei den Römern selbst allmählich entwickelt haben, noch daß die Lebensverhältnisse ihrer Zeit von den römischen durchaus verschieden sind; sie haben weder die vor- und nachjustinianischen Rechtsquellen noch die sonstige alte Literatur zur Erklärung des Justinianischen Rechts benutzt. — Die Erklärungen der Postglossatoren oder Commentatoren sind ausführlich bis zur Weitschweifigkeit; durch das Ansehen der Glossatoren verführt, erklären sie nicht sowohl die Quellen selbst als vielmehr die Glossen („glossant glossas"), und die Erklärung geschieht in der formalistisch-scholastischen Weise der damaligen Zeiten: ihre Schriften liefern ein Bild verworrener und geschmackloser Gelehrsamkeit; nur durch die vielen Gutachten (consilia), welche sie ertheilen, bleiben sie in Verbindung mit dem Leben, erkennen dessen Bedürfnisse und fördern die Wissenschaft: super digesta codicemque, sagt Leibniz[1], habemus grandes commentarios veterum: Bartoli, Baldi, Jasonis, Decii, in quorum stercore multa jacent aurea sagaci ingenio eruenda. Erst gegen Ende des 15. Jahrhunderts erwachte (in den sog. Humanisten) der historische Sinn: man studirte die Verfassung, das Gerichtswesen, die Alterthümer der Römer; zugleich wurden neue Rechtsquellen entdeckt oder veröffentlicht: der westgothische Gajus, die fragmenta Ulpiani, Paullus, der codex Theodosianus, Basilikenstücke. Von all diesen Hilfsmitteln machten vornehmlich die französischen Juristen des 16. Jahrhunderts (insbesondere Jac. Cujacius † 1590) Gebrauch; sie stellten das Römische

---

[1] Methodus jurisprudentiae P. II. § 62.

Recht in seiner Reinheit dar; dadurch kam die Glosse allmählich in Vergessenheit. In ihre Fußstapfen traten die Spanier des 16. und 17., sowie die Holländer des 17. und 18. Jahrhunderts.

II. Die Anfänge der systematischen Behandlung des Rechts finden sich bereits bei den Glossatoren; sie verfassen summae d. h. kurze Angaben des Inhalts und der leitenden Gedanken in den einzelnen Theilen der Justinianischen Codification nach Ordnung der Titel; auch stellen sie oft brocarda auf, d. h. allgemeine Rechtsregeln, welche gesammelt und erläutert wurden; endlich schreiben sie und die Postglossatoren Abhandlungen über einzelne Rechtsmaterien, deren bekannteste Sammlung der tractatus tractatuum (Lugd. 1549) ist. In der französischen Schule finden sich bereits zwei Systematiker (darunter ein sehr bedeutender: Hugo Donellus, † 1591), welche jeder in selbstgewählter systematischer Ordnung ein großes Werk über das Römische Recht verfaßten. Gewöhnlich jedoch behielt man im 17. und 18. Jahrhundert die sog. Legalordnung bei, d. h. man stellte das Römische Recht im Anschluß an die Titelfolge der Pandekten (selten der Institutionen) dar, daher die Bezeichnung der Vorlesungen, sowie der Schriftwerke über das Römische Recht „Pandekten" sich bildete. Die Werke dieser Art sind von durchaus verschiedenem Werthe; bald sind sie im Charakter der Werke der französischen Schule geschrieben, bald fallen sie in den Fehler der früheren Epochen zurück, und sind ohne historischen und kritischen Geist verfaßt; dennoch haben sie ein Verdienst dadurch, daß sie die einheimischen Rechtsgewohnheiten, welche sich bei der Reception des Römischen Rechts erhalten haben, verzeichneten und in dem Gedächtniß der Juristen erhielten. Gegen Ende des 18. Jahrhunderts brach sich in Deutschland in der Jurisprudenz eine gründliche historische Auffassung Bahn, und es begann mit Hugo die sog. historische Schule, welche später in dem Romanisten Savigny und in dem Germanisten Eichhorn ihre anerkannten Häupter erhielt. Seitdem ist eine reichhaltige historische wie systematische Literatur ersprossen; sie umfaßt theils das ganze Gebiet des Privatrechts theils nur einzelne Materien (Monographien). Die Bücher der letzteren Art werden stets bei den betreffenden Materien genannt werden; hier sollen die Darstellungen des gesammten Römischen Rechts, welche heut am meisten im Gebrauch sind, aufgeführt werden:

A. Ausführlichere Darstellungen:

Christian Friedrich Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, 34 Bde. 1790—1830; fortgesetzt von Mühlenbruch, Bd. 35—43, 1832—1843; von Fein, Bd. 44. 45, 1851—1853; von Arndts, Bd. 46 u. 47, 1868. 1869; von Leist, 2 Bde. 1870. 1873; von Burkhardt, 2 Bde., 1871. 1875.

Chr. F. Mühlenbruch: Doctrina pandectarum. Hal. ed. quarta 1838. Deutsch: Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 Bde. Vierte Auflage. 1844.

Joh. Ad. Seuffert: Praktisches Pandektenrecht. 3 Bde. Vierte Auflage. 1860—1872.

J. F. Kierulff: Theorie des gemeinen Civilrechts. 1839. Bd. 1. (enthaltend den allgemeinen Theil und die Lehre vom Besitz).

Friedrich Carl v. Savigny. System des heutigen Römischen Rechts. 8 Bde.

1840—1849 (enthaltend den allgemeinen Theil), dazu; das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts. 2 Bde. 1851. 1853 (enthaltend einige allgemeine Lehren aus dem Obligationenrecht).

Ed. Böcking: Pandekten des Römischen Privatrechts oder Institutionen des gemeinen Civilrechts. 2. Auflage. 1853. Bd. 1 und Bd. 2. Lief. 1. 1855. (enthaltend den allgemeinen Theil, die Lehren vom Besitz, Eigenthum und von den Servituten).

Carl Friedrich Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht. 3 Bde. Dritte Auflage. 1869.

Alois Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 2 Abtheilungen. 1857 ff. Die 2. Aufl. ist seit 1873 im Erscheinen begriffen.

Bernhard v. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 Bde. Vierte Aufl. 1875.

Auch verdienen hier zwei Werke angeführt zu werden, welche das Pandektenrecht sehr gründlich in Verbindung mit einem Particularrecht darstellen:

Carl Georg v. Wächter: Handbuch des im Königreich Würtemberg geltenden Privatrechts. 2 Bde. 1842—1851 (enthaltend die Geschichte des Würtembergischen Rechts und den allgemeinen Theil).

J. Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. 2. Dritte Auflage. 1868 (enthaltend den allgemeinen Theil); Bd. 6. Zweite Aufl. 1871 (enthaltend das Erbrecht).

B. Minder ausführliche:

Georg Friedrich Puchta: Pandekten. 1 Bd. Zwölfte Auflage. 1877.
Ludwig Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 1 Bd. Neunte Auflage. 1877.
Fr. Ludwig v. Keller: Pandekten. 1 Bd. Zweiter Abdruck. 1866.

C. Von eigenthümlicher Form sind folgende Werke:

K. A. v. Vangerow: Leitfaden für Pandektenvorlesungen. 3 Bde. 7. Auflage. Marburg 1863—1369 unter dem Titel: Lehrbuch der Pandekten (wesentlich eine ausführliche Darstellung der Controversen).

Rud. v. Holzschuher: Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Ein Handbuch für Praktiker. 3 Bde. 3. Auflage. Leipzig 1863. 1864 (eine Behandlung der Materien durch Beantwortung einzelner aufgeworfener Fragen).

K. G. Bruns: Das heutige Römische Recht, in v. Holtzendorffs Encyclopädie der Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Leipzig 1877. Thl. 1. S. 334—477 (eine kurze Uebersicht nebst legislativen Bemerkungen).

Detailfragen sowohl die Geschichte als das Dogma des Römischen Rechts betreffend pflegen in Dissertationen und namentlich in Zeitschriften behandelt zu werden. Von den letzteren sollen die bedeutendsten genannt werden:

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausg. von Savigny, Eichhorn und Göschen, nach des Letzteren Tode von Klenze, dann von Rudorff. 15 Bde. Berlin 1815—1850.

Archiv für civilistische Praxis, herausg. zuerst von Gensler, Mittermaier, Schweitzer, jetzt von Bülow, Degenkolb, Franklin, Mandry; 1818 bis jetzt 61 Bde.

Zeitschrift für Civilrecht und Proceß: herausg. zuerst von v. Linde, Marezoll, v. Wening-Ingenheim, zuletzt von v. Linde und Schulte. 42 Bde. Gießen, 1827—1865. (Gießener Zeitschrift.)

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts: herausg. zuerst von v. Gerber und v. Ihering, jetzt von Ihering und Unger. Jena 1857 bis jetzt 17 Bde.

Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts: herausg. von Bekker und Muther, später auch von Stobbe. 6 Bde. Leipzig 1857—1863.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte: herausg. von Rudorff (†), Bruns, Roth, Merkel (†) und Böhlau, Weimar 1861 bis jetzt 13 Bde.

III. In gewisser Weise reichen die Anfänge der Literatur von unmittelbar praktischer Tendenz bis in die Glossatorenzeit hinein: die Glossatoren machten in ihren Vorlesungen die einzelnen Stellen an einem erfundenen Casus anschaulich, und es entstanden Casussammlungen einzelner Rechtslehrer; auch veranstalteten sie Discussionen (quaestiones) über wirkliche oder erfundene Rechtsfälle, und verfaßten darüber eigne Bücher. Ebenso die Postglossatoren. Von den Consilien der Postglossatoren (S. 6) wurden große Sammlungen veranstaltet; ebenso von den Gutachten und Entscheidungen der deutschen Praktiker des 16.—18. Jahrhunderts, welche das Römische Recht nicht blindlings befolgten, sondern vielfach das einheimische Gewohnheitsrecht, soweit es sich bei der Reception der fremden Rechte erhalten hatte, zur Geltung brachten und den sog. usus modernus Pandectarum ausbildeten. In neuester Zeit verfolgen diese Richtung die Sammlungen von Entscheidungen der deutschen Gerichtshöfe, unter denen hervorzuheben ist:

Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland: herausg. zuerst von J. A. Seuffert, jetzt von A. F. W. Preusser. München 1847 bis jetzt 33 Bde.

Auch Rechtsfälle zum Gebrauch bei dem Universitätsunterricht sind in neuester Zeit zusammengestellt worden; es verdienen besonders genannt zu werden:

R. Ihering, Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. 3. Aufl. Jena 1876.
W. Girtanner: Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten. 3. Aufl. Jena 1857.
E. Pagenstecher: Pandekten-Prakticum. Heidelberg 1860.

Zweites Capitel.

Der Begriff des Rechts und seine Arten.

Vorbemerkung.

Das Wort „Recht" wird in einem doppelten Sinn genommen; entweder als die **Rechtsvorschriften**, d. h. als die Regeln, welche die Rechtsverhältnisse beherrschen (sog. norma agendi, Recht im objectiven Sinn); oder als eine **Berechtigung**, d. h. als eine Herrschaft, welche einer bestimmten Person an einem bestimmten Gegenstand gemäß den Rechtsvorschriften zusteht (sog. jus agendi, Recht im subjectiven Sinn). Von dem

Recht im subjectivem Sinn wird § 16. die Rede sein; jetzt soll vom Recht im objectiven Sinn gehandelt werden. Die Rechtsquellen, d. h. die Kräfte, welche das Recht im objectiven Sinn schaffen, sind das Volk, die souveräne Staatsgewalt, der Juristenstand, und danach unterscheidet man Gewohnheitsrecht (§ 4), Gesetzesrecht (§ 5), Recht der Praxis (§ 7). Die Grundsätze des Römischen Rechts über die Rechtsquellen halten Viele für unanwendbar, weil sie angeblich dem Staatsrecht angehören; indeß trifft dieser Grund nur bei dem Gesetzesrecht zu, welches mit der Staatsverfassung eng zusammenhängt, nicht jedoch bei dem Gewohnheitsrecht und bei dem Recht der Praxis.

Erster Titel.

Das Recht im objectiven Sinn oder die Rechtsvorschriften.

I. Die Rechtsquellen.

A. § 4. Die Gewohnheit des Volks.

t. Dig. I. 3: de legibus senatusque consultis et longa consuetudine. — t. C. VIII, 53: quae sit longa consuetudo. — Puchta, das Gewohnheitsrecht. 2 Theile 1828. 1837. — Beseler, Volksrecht und Juristenrecht. 1846. — Meier, die Rechtsbildung in Staat und Kirche. 1861. — Brinckmann, das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilprozeß. 1847. — F. Adickes, zur Lehre v. d. Rechtsquellen. 1873. — Schwanert, Gesetz und Gewohnheit. 1873. — Savigny, §§ 7 ff. 18. 25. 27—30. Beilage 2. — Vangerow, §§ 14—17.

I. Begriff. Das Gewohnheitsrecht ist die im Verkehr fortdauernd geübte und von der Ueberzeugung des Volkes getragene Rechtsnorm. — Die Rechtssätze sind nämlich nichts Willkürliches noch Erfundenes, vielmehr sind sie dadurch, daß das Recht das angemessene Verhalten der Personen zu einander und zu den Dingen regeln soll, von selbst gegeben; les lois (besser: le droit) sont les rapports nécessaires, qui derivent de la nature des choses, et dans ce sens tous les êtres ont leurs lois (Montesquieu), d. h. die Rechtssätze sind die von der Natur der Wesen und Dinge abgeleiteten nothwendigen Verhältnisse.[1] Allein die durch die Natur der Personen und Dinge gegebenen Rechtssätze sind nicht von Anfang an offenbar; sie müssen aufgedeckt und aus den Personen und Dingen gleichsam hervorgezogen werden. Es geschieht dies durch den Verkehr; wenn die Personen in Verkehrsverhältnisse treten, bringen sie dasjenige als Rechtssatz in Anwendung, was ihnen (gemäß ihrer geistigen Anlage, gemäß ihrer Anschauung des Verhältnisses, gemäß ihrem Rechtsgefühl) als dem Verhältnisse angemessen erscheint. Indem nun dasselbe fortdauernd in gleichen Fällen in gleicher Weise angewendet wird, wird es zur Ueberzeugung der Handelnden und deshalb zu einer herrschenden Regel des Handelns, zu einem Rechtssatz, welcher, weil er durch die Gewohnheit sich bildete, inveterata consuetudo, longaeva consuetudo, ius moribus constitutum, Gewohnheitsrecht, Herkommen genannt wird; auch der Ausdruck „Volksrecht" ist gebräuchlich weil der Verkehr sich innerhalb der Glieder des Volkes bewegt.

---

[1] cf. Cic. de inv. II, 53. 54.

II. Erfordernisse. Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts sind dreifach:

1. Die längere ununterbrochene Uebung eines Grundsatzes.

a. Die Uebung soll eine längere sein[2] (consuetudo inveterata, longaeva, diuturna); die Länge der Zeit läßt sich durch keine Regel fixiren; wenn die Uebung des Grundsatzes eine besonders energische ist, so genügt selbst ein kürzerer Zeitraum. Das Canonische Recht freilich verordnete, die Gewohnheit müsse legitime, canonice praescripta sein[3], und es scheinen (weil auch die Glossatoren dieser Meinung waren) jene Worte zu bedeuten, daß die Uebung die Verjährungsfrist hindurch gedauert haben müsse; allein die canonische Verordnung ist widersinnig und schon deshalb unanwendbar, weil sie durchaus unbestimmt ist; es ist nämlich nicht gesagt, ob die drei-, zehn-, dreißigjährige Verjährungszeit maßgebend sein solle.

b. Die Uebung soll eine ununterbrochene sein[4] (in den Quellen: consuetudo tenaciter servata, bei den Neueren: actus continui, non interrupti); unterbrochen wird sie, sei es, daß sie nicht mehr geübt, oder daß ein entgegengesetzter Grundsatz geübt wird.

2. Die Rechtsüberzeugung des Volks (sog. opinio juris, necessitatis, obligationis), d. h. die Meinung derjenigen, welche im Verkehr einen Grundsatz anwenden, daß dies der rechtlich angemessene sei. Die Rechtsüberzeugung braucht nicht in allen Einzelnen vorhanden zu sein; denn es giebt Rechtssätze, welche ihrem Gegenstande nach nur in gewissen Kreisen des Volkes hervortreten (Handwerksgebräuche, Handelsusancen) oder nur in gewissen Bezirken des Staatsgebietes angewendet werden (particuläres Gewohnheitsrecht, Observanz); aber auch wo solche Beschränkungen nicht vorhanden sind, hängt das Maß der Rechtsüberzeugung in den Einzelnen von dem Grade ihrer Einsicht, von ihrem Beruf und ihrer Lebensart ab. — Die Rechtsüberzeugung fehlt einerseits bei der gewohnheitsmäßigen Uebung von Liberalitäten (die Sitte des Weihnachtsgeschenks wird nie in ein Gewohnheitsrecht übergehen), andererseits bei eingewurzelten Mißbräuchen: dasjenige, was den Grundsätzen der sittlichen und bürgerlichen Ordnung widerspricht, kann nicht durch gewohnheitsmäßige Uebung in einen Rechtssatz übergehen; so die gewohnheitsmäßige Ausübung des sog. Strandrechts, die gewohnheitsmäßige Uebertretung des gesetzlichen Zinsfußes[5], die gewohnheitsmäßige Nichtanwendung einer Scheidungsstrafe gegen den schuldigen Ehegatten, die Gewohnheit, daß der Mann, welcher sein eignes Vermögen verloren, nunmehr über das Vermögen seiner Frau frei schalten könne u. dgl. m.[6]. Eingewurzelte Mißbräuche werden in den Quellen als consuetudines contra rationem, non rationabiles bezeichnet[7]; auf sie also beziehen sich die (ihrem Sinne nach

---

[2] l. 32. § 1. l. 33. l. 35. D. h. t. 1, 3; l. 2. l. 3. C. h. t. 8. 53. — [3] c. 11. X. de consuet. 1, 4; c. 3. in VI. eod. 1, 4; c. 9. in VI. de off. ord. 1, 16; c. 50. X. de elect. 1, 6. — [4] l. 3. C. h. t. 8. 53; l. 3. pr. C. de priv. schol. 12, 30; cf. l. 34. D. de r. j. 50, 17. — [5] l. 1. pr. D. de us. 22, 1. — [6] c. 3. c. 10. X. de consuet. 1, 4; c. 26. i. f. X. de test. 2, 20. — [7] l. 2. C. h. t. 8, 53; Nov. 134. c. 1. i. f.; c. 11. X. de const. 1. 4; c. 1. in VI. de const. 1, 2.

sehr bestrittenen) Worte der Quellen[8]: quod non ratione introductum sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet, d. h. hat auch der Mißbrauch nicht in unredlicher Gesinnung, sondern in einem Irrthum seinen Ursprung genommen, so kann er doch, eben weil er ein Mißbrauch ist, die Kraft eines Gewohnheitsrechts nicht erlangen.

Von den römischen Juristen wird das Wesen der Rechtsüberzeugung nicht richtig bestimmt, denn sie nennen das Gewohnheitsrecht eine tacita civium conventio, und sie führen seine Kraft auf die gesetzgebende Gewalt des römischen Volkes zurück[9]: gleichwie dieses in den Comitien Gesetze ausdrücklich beschließe, so könne es auch durch concludente Handlungen (§ 62) Rechtsnormen aufstellen. Wäre diese Argumentation richtig, so würde die Giltigkeit des Gewohnheitsrechts immer eine Verfassung mit Volksversammlung voraussetzen; sie ist aber nicht schlüssig: das Volk in den Comitien d. h. das politisch gegliederte Volk fällt durchaus nicht mit demjenigen Volk zusammen, welches im Verkehr die Rechtssätze aufdeckt; jenes findet sich nur in einer republicanischen Verfassung der alten Welt, dieses ist zu allen Zeiten und bei allen Völkern vorhanden. — Der Fehler der römischen Juristen rief unter den Romanisten bis in unser Jahrhundert hinein eine falsche Auffassung des Gewohnheitsrechts hervor. Gälte nämlich das Gewohnheitsrecht bloß deshalb, weil das Volk im republicanischen Staat der Gesetzgeber ist, so wäre genau genommen das Gewohnheitsrecht ein stillschweigendes Gesetz, und das Gesetz die einzige Rechtsquelle; mithin bedürfte im monarchischen Staate das Gewohnheitsrecht der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Genehmigung des Souveräns als des Inhabers der gesetzgebenden Gewalt; man verlangte deshalb bis in unser Jahrhundert die Publicität der einzelnen Uebungsacte (actus publici) der Art, daß sie zur Kenntniß des Souveräns gelangen und von ihm genehmigt oder verboten werden können. Diese Ansicht ist heut fast allgemein verworfen[10], allein das Verhältniß der Rechtsüberzeugung zu den Uebungsacten ist heut ein bestrittenes. Nach der einen Ansicht ist die Rechtsüberzeugung in dem Uebenden resp. in dem Volk schon, bevor der Rechtssatz geübt wird, vorhanden, demnach ist die Rechtsüberzeugung der einzige Grund für die Geltung des Gewohnheitsrechts, und die Uebung hat keine andere Bedeutung, als daß sie die Erscheinungsform eines bereits vorhandenen Rechtssatzes ist. Nach der anderen Meinung besteht vor der Uebung des Grundsatzes noch keine Rechtsüberzeugung, sondern bloß ein unbewußtes Gefühl von der Angemessenheit des Grundsatzes; erst durch die Uebung verwandelt sich das Gefühl in Einsicht, in Rechtsüberzeugung; m. a. W. die Rechtsüberzeugung entsteht erst durch die Uebung, und die Uebung ist nicht bloß die Erscheinungsform, sondern zugleich die Entstehungsart des Gewohnheitsrechts. Der aufmerksame Beobachter der Rechtsgeschichte muß sich für die zweite Meinung entscheiden; ja, es giebt sogar Rechtsregeln, welche lediglich durch die lange Dauer der Uebung zu Rechtssätzen erhoben werden, Rechtsregeln, welche überhaupt

---

[8] l. 39. D. h. t. 1, 3. — [9] l. 32. § 1. l. 35. D. h. t. 1, 3; §§ 9. 11. I. de iure nat. 1, 2; cf. Gai. 3, 82; Ulp. fr. § 4. — [10] cf. c. 1. in VI. de const. 1, 2.

von keiner Rechtsüberzeugung des Volks getragen sind und bloß durch die Gewöhnung Geltung erlangen; so die Länge vieler Fristen, die Form eines Rechtsgeschäfts.

3. Nach einer Verordnung Constantins[11] soll das Gewohnheitsrecht einem bestehenden Gesetze nicht widersprechen, also nur eine Lücke in der Gesetzgebung ausfüllen können. Man drückt dies gewöhnlich so aus: Gewohnheitsrechte sind nicht contra legem, sondern nur praeter legem zulässig. Es scheint diese Vorschrift mit der oben sub I dargestellten hohen Bedeutung des Gewohnheitsrechts nicht übereinzustimmen, und in der That schreiben mehrere Quellenzeugnisse[12] dem Gewohnheitsrecht auch derogatorische Kraft zu, d. h. die Kraft, bestehende Gesetze (durch desuetudo) aufzuheben. Die herrschende Meinung leugnet daher dieses dritte Erforderniß, und sie will, um die Antinomie zu heben, die Verordnung Constantins bald von particulären Gewohnheiten verstehen, welche nicht das Gemeine Recht aufzuheben vermögen, bald von solchen Gewohnheitsrechten, welche durch ein Gesetz von vornherein verboten worden seien; indeß sind diese Erklärungen wie andere zahlreiche mit den Worten der Constantinischen Verordnung unvereinbar. Ihr wahrer Sinn ist der oben angegebene und wie sehr sie angemessen ist, das geht daraus hervor, daß sie von den Codificationen unserer Zeit entweder rein wiederholt oder gar übertroffen wird, indem einige derselben dem Gewohnheitsrecht jede Anerkennung versagen. Es ist nämlich die Gewohnheit nur auf gewissen Entwicklungsstufen der Völker die normale Rechtsbildung; sind diese vorüber, so entledigt sich der Staat des Gewohnheitsrechts gänzlich oder zum großen Theil. Ist nämlich einerseits der Rechtsstoff bis auf ein Geringes entwickelt, und also für fast alle Verhältnisse eine Rechtsregel vorhanden, ist andererseits die Staatsgewalt über den Rechtszustand andauernd wachsam, und also eine in Fluß begriffene Gesetzgebung vorhanden: so ist die Zulassung eines Gewohnheitsrechts gegen die Gesetzgebung geradezu die Zulassung einer Durchkreuzung der Ziele des Gesetzgebers (§ 5 a. E.). Derartig waren die Verhältnisse zu Constantins Zeiten, derartig sind sie in unseren Tagen; in solchen ist die Bildung eines Gewohnheitsrechts nur dann berechtigt, wenn der Gesetzgeber eine Lücke in den Rechtsvorschriften unausgefüllt läßt; daher ist die Antinomie der Quellen zu Gunsten der Constantinischen Verordnung zu entscheiden.

III. Beweis. Die frühere Meinung, daß derjenige, welcher sich auf ein Gewohnheitsrecht beruft, es beweisen müsse, widerspricht ausdrücklichen Quellenzeugnissen[13], und ist heut allgemein aufgegeben; vielmehr soll der Richter wie jeden Rechtssatz so auch das Gewohnheitsrecht zur Anwendung bringen (jura novit curia), und er soll sich daher die Kenntniß des Gewohnheitsrechts womöglich selbständig zu verschaffen suchen. Da jedoch (namentlich bei particulärem Gewohnheitsrecht) zu befürchten ist, daß die Bemühungen des Richters kein Resultat ergeben, so ist ihm

---

[11] l. 2. C. h. t. 8, 53. — [12] § 11. I. de jure nat. 1, 2; § 7. I, de inj. 4, 4; l. 1. § 1. D. de int. in jure 11, 1; l. 27. § 4. D. ad l. Aq. 9, 2; l. un. pr. C. de cad. toll. 6. 51; Nov. 89. c. 15. — [13] l. 3. § 6. D. de test. 22, 5; l. 1. C. h. t. 8, 53.

gestattet, die Partei, welche sich auf das Gewohnheitsrecht berufen hat, zur Beihilfe aufzufordern; nur sind auf diese Beihilfe nicht die Grundsätze von der Beweislast, d. h. von der Pflicht zur Beweisführung im Civilprocesse anzuwenden; denn es handelt sich nicht um einen juristischen, sondern um einen wissenschaftlichen Beweis, und es bleiben daher die besonderen civilprocessualischen Regeln über Beweisfrist und Beweismittel außer Anwendung. Diese Grundsätze sind jetzt in der Reichscivilproceßordnung § 265 anerkannt worden. — Zur Erkenntniß des Gewohnheitsrechts dient die eigene Wahrnehmung des Richters, die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen[14], glaubwürdige Aufzeichnungen in wissenschaftlichen oder praktischen Arbeiten (Rechtsbücher, Weisthümer, Rechtsgutachten), Anerkennung in einem richterlichen Urtheil[15]; auch in Rechtssprichwörtern (Rechtsparömien) ist oft ein Gewohnheitsrecht enthalten.

B. Das Gesetz.

tt. D. 1, 3. 4; C. 1, 14—16. 19—23.

1) § 5. Begriff und Erfordernisse.

Savigny, §§ 13. 17. 23 fg. — Vangerow, §§ 12. 13.

Gesetz ist die verfassungsmäßig zu Stande gekommene und gehörig verkündete Rechtsnorm. Die Erfordernisse des Gesetzes sind:

1. Daß es verfassungsmäßig zu Stande gekommen sei. Die Grundsätze des Römischen Rechts über das verfassungsmäßige Zustandekommen der Gesetze sind Gegenstand der römischen Rechtsgeschichte; die Verfassung der deutschen Staaten und namentlich der die Gesetzgebung betreffende Theil, wonach ein Zusammenwirken des Fürsten mit einer Volksvertretung (Stände, Landtag, Kammern) nothwendig, und wonach ferner das Gesetzgebungsrecht in gewissen Grenzen dem Fürsten allein zusteht resp. an einzelne Verwaltungsbehörden übertragen ist (ähnlich wie in Rom der Prätor und die mit dem ius respondendi versehenen Juristen der Kaiserzeit ein gewisses Gesetzgebungsrecht besaßen): — Alles Dies gehört in das gemeine und particuläre Staatsrecht; dort ist auch die Streitfrage zu entscheiden, ob der Richter prüfen dürfe und solle, ob eine von der Staatsgewalt als Gesetz publicirte Rechtsnorm verfassungsmäßig (unter Mitwirkung der Landesvertretung) zu Stande gekommen sei.

2. Daß es gehörig verkündet (publicirt) sei; über die Art der Verkündung entscheiden die Grundsätze des heutigen gemeinen und particulären Staatsrechts, nicht die des Römischen Rechts. Die früher ventilirte Streitfrage, ob derjenige, welcher sich auf ein Gesetz beruft, dessen Publikation beweisen müsse, wird heut allgemein verneint; der Richter muß sich die Kenntniß des Rechts selbständig verschaffen (jura novit curia); nach der Reichscivilproceßordnung § 265 muß der Richter die in dem Staate, welchem er angehört, geltenden Gesetze unbedingt kennen (ein Preußischer oder Baierscher Richter muß das Gemeine Recht, das Preußische Landrecht und den code Napoléon unbedingt kennen, ein Würtembergischer bloß

---

[14] cf. Nov. 106. — [15] l. 34. D. h. t. 1. 3.

das Gemeine Recht); bezüglich der in einem andern Staate geltenden Gesetze kann der Richter, wenn sie ihm unbekannt sind, die Partei, die sich auf dieselben berufen hat, zur Beihilfe auffordern, und es gelten alsdann die Grundsätze des § 4 unter III.

Das Verhältniß des Gesetzes zum Gewohnheitsrecht ist folgendes: Die Gewohnheit pflegt in den ersten Epochen der Geschichte eines Volks fast die einzige Rechtsquelle zu sein; in den späteren Epochen tritt ihr die Staatsgewalt als zweite Rechtsquelle zur Seite. Das Gewohnheitsrecht entsteht durch eine unbewußte allmähliche Rechtsbildung, das Gesetz durch die bewußte Aufstellung von Rechtsnormen in einem bestimmten Zeitmoment. Das Gewohnheitsrecht ist ein Volksrecht und bereits im Verkehr bewährt, das Gesetzesrecht widerspricht oft der Volksanschauung und ist oft ein verfehlter Versuch; andererseits werden umfassende legislative Principien in der Regel nur durch Gesetze in das Rechtsleben eines Volks eingeführt, und da die Erreichung der Staatszwecke wesentlich von einem guten Rechtszustand abhängt, so pflegt man in einem geordneten Staatswesen die Rechtsbildung nur selten sich selbst zu überlassen; vielmehr stellt gewöhnlich die Staatsgewalt die Rechtssätze auf, d. h. sie giebt Gesetze. Bei rasch fortschreitenden Verkehrsverhältnissen ist die gesetzliche Regelung derselben umsomehr nothwendig, als die Bildung des Gewohnheitsrechts nicht rasch genug erfolgt. Daher kommt es, daß in den späteren Perioden der Geschichte eines Volks das Gewohnheitsrecht von dem gesetzlichen Recht fast ganz verdrängt wird, sowie daß es die Kraft verliert, das Gesetz aufzuheben (oben S. 13). Für die modernen Staaten tritt noch der Umstand hinzu, daß sie sämmtlich aus kleineren Gebieten mit selbständigen Particularrechten hervorgegangen sind, die Rechtseinheit aber (ein allgemeines Recht, § 14) nur auf dem Wege der Gesetzgebung hergestellt werden kann. Daher ist in unseren Tagen das Gesetz die bei weitem bedeutendste Rechtsquelle.

2) § 6. Die Auslegung der Gesetze.

Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts. 2. Aufl. 1806. — Lang, Beiträge zur Hermeneutik des Römischen Rechts. 1857. — F. C. Schmidt, Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher. 1855. — Mommsens Vorrede zu seiner Digestenausgabe. 1870. — Savigny. §§ 32—41. 48 f. — Vangerow, § 22—25.

Um das Gesetz in seinem wahren und vollen Inhalt zu erkennen, muß man es auslegen, interpretiren; doch wird das letztere Wort besser vermieden, weil die Römischen Quellen darunter nicht blos die Auslegung, sondern zugleich die Fortentwickelung eines legislatorischen Gedankens durch Analogie verstehen (vgl. die Schlußbemerkung dieses §). Die Grundsätze über die Gesetzesauslegung bilden eine besondere Lehre: die juristische Hermeneutik.

I. Grundlage aller Auslegung ist ein auszulegender Text; die auf Feststellung des Textes gerichtete Thätigkeit heißt die Kritik; da nun der Text der Gesetze in der Regel in Urkunden niedergelegt ist, so ist zu prüfen, *a*) in welchen Urkunden das Gesetz niedergelegt ist, *b*) ob die in den Urkunden enthaltenen Worte sämmtlich vom Gesetzgeber herrühren, oder ob sie einen Zusatz, eine Minderung, eine Aenderung erfahren haben.

zum Zweck der Kritik müssen möglichst alle Urkunden, in welchen dasselbe Gesetz überliefert ist, gesammelt, ihr Alter und ihr Werth festgestellt, ihre Texte unter einander verglichen, und endlich einer dieser Texte ausgewählt (wählende Kritik) oder, falls die Texte sinnlos oder unwahrscheinlich sind, ein neuer Text durch Conjectur hergestellt werden (Emendation des Textes durch Conjecturalkritik); die Conjecturalkritik ist stets mit großer Vorsicht und Bescheidenheit anzuwenden. — Die Aufgabe der Kritik ist gegenüber den Gesetzen unserer Zeit äußerst gering, weil sie uns in der Regel in einer authentischen Form (in Gesetzsammlungen) überliefert werden; anders gegenüber den Gesetzen früherer Zeit und namentlich gegenüber der Justinianischen Compilation; dieselbe ist uns in keinem authentischen Texte überliefert; die Bestrebungen, einen Text aus den verschiedenen Handschriften herzustellen, haben schon unter den Glossatoren begonnen (deren Digestenlesart litera communis, litera Bononiensis, lectio Vulgata heißt); auch sind sie von Späteren (in neuester Zeit besonders von Mommsen und Krüger, vgl. § 2 unter I.) fortgesetzt worden, haben aber noch keinen Abschluß erreicht.

II. Die Auslegung selbst ist eine freie geistige Thätigkeit: des Richters, welcher ein Urtheil sprechen will, des Gelehrten, welcher die Rechtswissenschaft ausbilden will, ja selbst des Privatmanns, welcher seine Lebensverhältnisse den Gesetzen gemäß einrichten will. Zuweilen jedoch ist diese freie geistige Thätigkeit dadurch ausgeschlossen, daß der Sinn eines Gesetzes durch Rechtsvorschrift bestimmt wird; es kann nämlich: *a*) der Gesetzgeber selbst in einem späteren Gesetz (sog. Declaratoria) den Sinn eines früheren Gesetzes bestimmen (sog. authentische Interpretation [1]); es geschieht dies in der Regel nur, wenn die mangelhafte Fassung eines Gesetzes zahlreiche Streitfragen unter den Juristen hervorruft; *b*) es kann ferner durch Gewohnheit einem Gesetz ein bestimmter Sinn beigelegt werden (sog. Usualinterpretation) [2]. Sowohl die authentische als die usuale Interpretation (beide zusammen heißen Legalinterpretation) sind nicht Auslegungsarten, sondern Rechtsvorschriften; man muß sie daher selbst dann befolgen, wenn der durch sie festgestellte Sinn des Gesetzes nicht richtig ist.

Die wahre Auslegung ist nur die durch freie geistige Thätigkeit vermittelte (sog. doctrinelle Interpretation); von ihr gelten folgende Grundsätze:

1. Der Zweck der Auslegung ist, das Princip und hierdurch den wahren und vollen Inhalt des Gesetzes zu erkennen, den wirklichen Willen des Gesetzgebers in allen seinen Consequenzen zu entwickeln. Dies gilt sowohl von klaren [3] als von dunklen, sowohl von richtig als von mangelhaft gefaßten Gesetzen; denn auch das Princip und der volle Inhalt eines klaren und richtig gefaßten Gesetzes kann nur durch Denkthätigkeit gefunden werden, wobei namentlich zu beachten: *a*) daß, wenn ein Zweck durch Gesetz verboten ist, die Mittel es nicht minder sind [4]; *b*) daß, wenn Jemand durch Gesetz ein Recht erhält, er auch auf die Mittel zu seiner Durch-

---

[1] l. 12. § 1. C. de leg. 1, 14. — [2] l. 37. l. 38. D. de leg. 1, 3. — [3] l. 1. § 11. D. de insp. ventre 25, 4. — [4] l. 16. D. de spons. 23, 1.

führung Anspruch hat[5]; *c*) daß, wenn das Gesetz eine Regel bloß bis zu einer bestimmten Grenze aufstellt, jenseits dieser Grenze das Gegentheil gilt (argumentum a contrario[6]); *d*) daß in maiore minus[7]. — Bei dunklen und unrichtig gefaßten Gesetzen ist die Auslegung schwieriger. Die Dunkelheit des Gesetzes hat meist in einer Vieldeutigkeit der Gesetzesworte oder in der Möglichkeit ihrer verschiedenen Construction ihren Grund: es soll durch die Auslegung die vom Gesetzgeber gemeinte Bedeutung resp. Construction gefunden werden (sog. interpretatio declarativa). Die unrichtige Fassung eines Gesetzes besteht darin, daß die Gesetzesworte durch ein Versehen des Gesetzgebers dessen Willen nicht treu wiedergeben, indem sie mehr oder weniger enthalten als der Gesetzgeber wollte: es sollen durch die Auslegung die Gesetzesworte bald in einschränkender[8], bald in ausdehnender[9] Weise berichtigt werden (sog. interpretatio restrictiva und extensiva).

2. Die Mittel der Auslegung sind zwiefacher Art: die Gesetzesworte[10] (sog. grammatische Interpretation), und die Elemente, aus denen der Wille des Gesetzgebers hervorgegangen ist[11] (sog. logische Interpretation); solche Elemente sind: die Natur der Lebensverhältnisse, auf welche das Gesetz sich bezieht, und ihre Bedürfnisse in legislatorischer Beziehung, mithin die innere Angemessenheit der einen oder anderen Auslegung[12]; ferner der Anlaß des Gesetzes (occasio legis[13]); ferner der Zusammenhang des Gesetzes[14] in seinen einzelnen Theilen, sowie mit anderen Gesetzen, sei es mit schon aufgehobenen Gesetzen (namentlich mit denjenigen, welche durch das neue Gesetz verbessert werden sollten), sei es mit noch geltenden Gesetzen; ferner der Charakter des Gesetzgebers und seiner Zeit sowie anderweite Aeußerungen des Gesetzgebers über die Gesetzesmaterie; endlich der Zweck, welchen der Gesetzgeber mit dem Gesetz verfolgt. Dieser Zweck (ratio legis) ist so bedeutend, daß der Gesetzgeber ihn (wie auch den Anlaß) oft im Gesetz erwähnt[14a], und man unterscheidet alsdann die Gesetzesworte in verba dispositiva s. decisiva (die eigentliche Anordnung) und in verba enunciativa s. relativa (die Nebenäußerungen). — Die grammatische und die logische Auslegungsweise verfolgen übrigens dasselbe Ziel: die Erkenntniß und die Entfaltung des Sinnes des Gesetzes; sie sind keine Gegensätze; nicht einmal das läßt sich behaupten, daß die grammatische die principale, die logische die subsidiäre sei, und daß demnach die letztere erst dann einzutreten habe, wenn die erstere kein bestimmtes Ergebniß liefert; vielmehr sind beide stets zu verbinden; ergeben sie

[5] l. 2. D. de jurisd. 2, 1; cf. l. 3. § 3. D. de s. p. r. 8, 3; l. 11. D. comm. pr. 8, 4. — [6] l. 22. D. de leg. 1, 3; l. 1. pr. D. de off. ejus cui mand. 1, 21; l. 18. D. de test. 22, 5. — [7] l. 1. § 4. D. de superf. 43, 18; l. 20. §§ 5. 6. D. qui test. fac. 28, 1; l. 21. l. 110. pr. D. de r. j. 50, 17. — [8] z. B. l. 3. pr. D. de tut. 26. 1. l. 11. D. de in j. voc. 2, 4; l. 8. § 6. D. de transact. 2, 15; l. 11. §§ 1—3. D. de his qui not. inf. 3, 2; l. 15. D. de j. patr. 37, 14; l. 2. § 1. D. de cust. et exh. 48, 3. — [9] z. B. l. 13. § 2. D. de exc. 27, 1; l. 27. § 13. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 3. D. de l. Pomp. 48, 9. — [10] l. 25. § 1. D. de leg. 3. (32). — [11] l. 17. D. h. t. 1, 3; l. 6. § 1. D. de v. s. 50, 16; l. 19. D. ad exh. 10, 4. — [12] l. 19. D. h. t. 1, 3; l. 67. D. de r. j. 50, 17. — [13] l. 1. pr. D. ad sct. Mac. 14, 6. — [14] l. 24. l. 26—28. D. h. t. 1, 3. — [14a] vgl. z. B. l. 5 C. de bon. quae lib. 6, 67.

nicht dasselbe Resultat, so ist die logische vorzuziehen; sie ist der Prüfstein der grammatischen[15].

3. Für die Justianische Compilation sind wegen ihrer eigenthümlichen Bestandtheile (sie ist zum großen Theil aus Bruchstücken von juristischen Schriften, sowie aus richterlichen Urtheilen der Kaiser zusammengesetzt) noch folgende Auslegungsmomente von Wichtigkeit:

a. Einzelne Worte in den Digesten und dem Codex rühren nicht von den Urhebern der Stelle, sondern von den Compilatoren her, welche den ursprünglichen Text geändert haben (z. B. traditio statt mancipatio, hypotheca statt fiducia); man nennt sie emblemata Triboniani, Interpolationen. Die Befugniß zu solchen Aenderungen erhielten die Compilatoren von Justinian, um Aussprüche über älteres Recht zur Aufnahme in die Compilation tauglich zu machen[16].

b. Einzelne Worte und Sätze in Digesten und Codex haben im Sinne Justinians eine andere Bedeutung, als in welcher sie ursprünglich niedergeschrieben wurden: so ist die cessio servitutis im Sinn der classischen Juristen als in iure cessio, im Sinn Justinians als formlose Bestellung der Servitut zu verstehen[17]; gewisse Aussprüche, die ursprünglich über ein formlos erworbenes dingliches Recht gemacht wurden, beziehen sich in Justinians Sinne auf den redlichen Besitz desselben[18]. Man spricht in solchen Fällen von einer duplex interpretatio.

c. Für die Stellen der Institutionen, der Digesten und des Codex ist der Titel, in welchen sie aufgenommen wurden, von Wichtigkeit: es kann aus dem Titel auf den zweifelhaften Sinn einer Stelle ein Schluß gezogen werden; doch ist nicht zu vergessen, daß manche Stellen aus Versehen in einen unpassenden Titel eingerückt sind (leges fugitivae[19]).

d. Für die Stellen der Digesten ist die Inscription von Wichtigkeit, d. h. die Ueberschrift, welche den Verfasser der Stelle angiebt sowie das Buch, aus welchem sie entnommen ist: es kann aus dem Buche sowie aus dem Standpunkt des Verfassers ein Schluß auf den Sinn einer Stelle gezogen werden: vgl. ein Beispiel in § 74.

e. Sehr viele Stellen im Codex sind kaiserliche Rescripte, also Anwendungen von Rechtssätzen auf concrete Rechtsfälle (vgl. § 15). Die Rescripte enthalten oft unerhebliche Nebenumstände, oft hinwiederum sind sie von den Compilatoren mehr als billig beschnitten worden; daher ist das argumentum a contrario bei ihnen nur mit großer Vorsicht anzuwenden, vielmehr wird sich oft der Grundsatz bewähren: unius positio non est alterius exclusio.

Die classischen Juristen verstanden unter interpretatio nicht bloß die Auslegung, sondern auch die Fortbildung des Rechts durch Analogie[20], ja sie berichtigten und erweiterten oft den Inhalt eines Gesetzes auf Grund

---

[15] l. 13. § 2. D. de exc. 27. 1. — [16] l. 1. § 7. l. 2. § 10. C. de vet. j. enucl. 1, 17; Const. haec quae nec. § 2; Const. summa § 3; Const. cordi § 3. — [17] l. 20. § 1. l. 39. D. de s. p. u. 8, 2; l. 3. § 3. l. 10. l. 11. l. 14. D. de s. p. r. 8, 3; l. 15. l. 18. D. comm. pr. 8, 4. — [18] l. 11. § 1. D. de publ. 6, 2; l. 5. pr. l. 18. § 15. D. damn. inf. 39, 2. — [19] cf. l. 6. D. de transact. 2, 15; l. 1. § 1. D. test. quemadm. ap. 29, 3. — [20] l. 2. §§ 5. 12. D. de or. jur. 1, 2; l. 11. l. 13. D. de leg. 1, 3.

allgemeiner Billigkeit, übernahmen also (offenbar gestützt auf das ius respondendi, welches ihnen fast allen zustand) selbst das Amt eines Gesetzgebers[21]; dieses letztere erklärte Constantin[22] nach dem Untergang der classischen Jurisprudenz für ein Reservatrecht des Kaisers; Justinian[23] aber verordnete das Gleiche bezüglich der Auslegung dunkler Gesetze, indem er überdies das Schreiben von Büchern und Commentaren verbot, und die Richter anwies, in Zweifelsfällen vom Kaiser die Entscheidung einzuholen. Das Justinianische Gesetz gilt heut nicht mehr, denn nach Deutschem Staatsrecht ist der Richter nicht befugt, von der Staatsgewalt die Entscheidung einer zweifelhaften Rechtsfrage zu verlangen.

C. § 7. Die Praxis im Gegensatz zum wissenschaftlichen Recht.

Puchta, Beseler, Meier, Brinckmann in den oben zu § 4 citirten Schriften. — Savigny, §§ 4. 19 fg. 26. — Vangerow, §§ 18. 25.

Der Einfluß des Juristenstands auf den Rechtszustand ist ein dreifacher:

1. Aufgabe der Juristen ist es, aus den einzelnen Rechtsvorschriften das Princip zu entwickeln, auf welchem sie ruhen (ratio iuris), und hinwiederum aus diesem Princip durch logische Schlußfolgerung Rechtssätze abzuleiten, welche neben die bereits bestehenden Rechtsvorschriften treten (vgl. § 6). Auf diese Weise stellten die römischen Juristen z. B. eine große Anzahl von Ausnahmen zu dem sct. Macedonianum und Velleianum auf, vgl. §§ 255. 274.

2. Aufgabe der Juristen ist es, wenn sich Lücken in den Rechtsvorschriften vorfinden, diese im Geiste des bestehenden Rechts auszufüllen, d. h. Vorschriften, welche für ähnliche Fälle aufgestellt sind, auf den im bisherigen Recht nicht beachteten Fall auszudehnen[1]; daher das Rechtssprichwort der Neueren: ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio. Das Verhältniß der durch ein solches Verfahren gefundenen Rechtssätze zu dem bestehenden Rechte heißt Analogie: Rechtsanalogie, wenn ein neues bisher unbekanntes Rechtsinstitut erscheint, Gesetzesanalogie, wenn in einem schon bekannten Rechtsinstitut eine einzelne Rechtsfrage neu entsteht. So wurde der Begriff der Hypothek von dem Inventar eines Landguts auf alle verkäuflichen Objecte, die Grundsätze des sct. Iuvencianum über die Erbschaftsklage (hereditatis petitio) vielfach auf die Eigenthumsklage (rei vindicatio) übertragen; so wurden die Grundsätze von der Sachbeschädigung, welche die lex Aquilia aufstellte, später vielfach auf Fälle ausgedehnt, welche nicht unter die Worte des Gesetzes fielen, und zu diesem Zwecke neben der act. legis Aquiliae eine act. legis Aquiliae utilis s. in factum eingeführt u. dergl. m. Justinian hat verordnet, daß bei Lückenhaftigkeit der Rechtsvorschriften der

---

[21] z. B. l. 40. pr. D. de h. p. 5, 3; l. 2. § 4. D. ad sct. Vell. 16, 1; l. 1. pr. l. 4. D. si quadr. 9, 1; l. 20. D. de re jud. 42, 1; l. 2. § 5. D. de aq. pluv. 39, 3. — [22] l. 1. C. de leg. 1, 14. — [23] l. 12. § 1. C. de leg. 1, 14; l. 2. § 21. C. de vet. j. enucl. 1, 17.

[1] l. 10—13. l. 27. l. 32. pr. D. de leg. 1, 3.

Richter die Entscheidung der Sache vom Kaiser einholen solle[2]; diese Vorschrift ist heute unanwendbar, da in einer solchen Entscheidung eine nach Deutschem Staatsrecht verbotene Cabinetsjustiz liegen würde. — Bei singulären Rechtssätzen ist die Analogie unzulässig (§ 13. II).

Die Aufgabe ad 1. 2. ist sowohl den theoretischen wie den praktischen Juristen gestellt; beide sollen sie auf dem Wege strenger Schlußfolgerung die Aufgabe lösen; deshalb ist den auf diesem Wege gefundenen Rechtssätzen von Vielen der Name „wissenschaftliches Recht“ beigelegt worden, und sie verdienen denselben um so mehr, als ihre Rechtssätze keine andere Bedeutung haben, als diejenige, welche ihnen kraft des Werthes ihrer Begründung zukommt. Die bedeutendsten Aeußerungen des wissenschaftlichen Rechts sind die Präjudicien und die communis doctorum opinio:

a. Unter Präjudiz versteht man in der vorliegenden Materie (über einen anderen Sinn dieses Wortes vgl. § 80) eine mit rechtswissenschaftlichen Gründen motivirte Entscheidung eines Gerichts in einem früheren Falle, welcher dem gegenwärtig dem Richter vorliegenden Falle gleich oder ähnlich ist. Der Richter ist nicht verpflichtet, ein Präjudiz zu beachten, und blindlings darf er ihm nicht folgen, selbst wenn es bereits mehrfach in Vorprocessen ergangen ist[3] (denn sein Werth beruht lediglich auf der Kraft seiner Gründe); andererseits pflegt ein vorsichtiger Richter in einem schwierigen Falle ein Präjudiz nicht unberücksichtigt zu lassen.

b. Unter der communis doctorum opinio versteht man die von den Rechtslehrern allgemein angenommenen Meinungen; auch diese muß der Richter, wenn er von ihrer Unrichtigkeit überzeugt ist, verwerfen.

In früheren Zeiten wurde den Präjudicien sowie der communis doctorum opinio in einem größeren oder geringeren Umfange verbindliche Kraft beigelegt, d. h. sie wurden als Rechtsquelle anerkannt. Diese Meinung ist jetzt allgemein aufgegeben; es wird ihnen heute nur eine große Autorität beigelegt.

3. **Die Praxis. Die Praxis ist das Gewohnheitsrecht der Juristen.** Der Jurist hat dadurch, daß er sich ununterbrochen mit dem Recht beschäftigt, ein besonders entwickeltes Rechtsbewußtsein; in Folge dessen bilden sich in ihm vielfach Rechtsüberzeugungen, sei es über den Inhalt eines bestehenden Gesetzes (Usualinterpretation[4], vgl. § 6) sei es über die Zweckmäßigkeit eines neuen Rechtssatzes. Der Richter vermag diesen Rechtsüberzeugungen, da das Rechtsprechen von ihm ausgeht, in seinen Urtheilen Anerkennung zu verschaffen; eben dies wird dem um eine Rechtsbelehrung angegangenen Anwalt, Schöffenstuhl u. dgl. oft gelingen. Es wird dies namentlich dann geschehen, wenn die Gesetzgebung lange Zeit ganz oder in einer bestimmten Materie still gestanden ist, so daß die gesetzlichen Vorschriften hinter den Bedürfnissen des Verkehrs oder hinter den Anschauungen der Zeit zurückbleiben. Ist die Anerkennung eines neuen Rechtssatzes in den Urtheilen zu einer ständigen, gewohnheitsmäßigen geworden, so ist ein Gewohnheitsrecht der Juristen entstanden (Praxis, Gerichtsgebrauch, rerum perpetuo similiter iudicatarum aucto-

---

[2] l. 2. § 18. C. de vet. jure enucl. 1, 17. — [3] l. 13. C. de sent. et int. 7. 45. — [4] l. 23. l. 37. l. 38. D. de leg. 1, 3.

ritas, sog. usus fori); dasselbe hat gleiche Kraft wie das Gewohnheitsrecht des Volks[5], ja es wird allmählich zum Gewohnheitsrecht des Volks, weil jeder, welcher in ein durch die Praxis normirtes Verhältniß tritt, sich im eignen Interesse nach der Praxis zu richten pflegt. Schon das Römische Recht weist eine Materie auf: das Pflichttheilsrecht, welches rein aus der Praxis des Centumviralgerichtshofes stammt (§ 415); mehr Rechtssätze dieser Art hätten sich bei den Römern gebildet, wenn sie in der classischen Zeit mehrere ständige Gerichtshöfe gehabt hätten. In Deutschland, wo seit langer Zeit ständige Gerichtshöfe vorhanden sind, und wo die Gesetzgebung bis ins 18. Jahrhundert hinein eine nur sparsame war, ist die Praxis der Gerichte (und zwar der Gerichte in ihrer Gesammtheit, nicht etwa bloß einzelner Gerichtshöfe) eine lebendige Quelle von Rechtssätzen gewesen, ja die Reception des Römischen Rechts in Deutschland ist wesentlich durch die Praxis der Gerichte durchgesetzt worden (§ 1). — Man streitet über den Grund, aus welchem die Praxis eine Rechtsquelle ist; die Einen fassen den Juristenstand als den Repräsentanten des Volks auf, seine Rechtsüberzeugungen als die der Nation (denn er gehe aus dem Volke hervor und stehe in unausgesetzter Verbindung mit ihm); die Anderen weisen darauf hin, daß in denjenigen Gebieten der Rechtspflege, in welchen dem Volke eine selbständige Theilnahme am Rechtsprechen (durch Schöffen, Geschworene) versagt ist, die Juristen eine unbedingte Herrschaft ausüben, und vermöge dieser Herrschaft ihre Ansichten zur Geltung bringen, gleichviel ob sie mit den Rechsüberzeugungen des Volks übereinstimmen oder nicht. Die erste Meinung steht mit anerkannten Thatsachen, namentlich mit der Reception des Römischen Rechts in Deutschland durch die Juristen in Widerspruch; die letzte Meinung ist die richtige: die thatsächlich vorhandene Macht der Juristen siegt in der Praxis, selbst wenn sie mit der Volksüberzeugung nicht in Uebereinstimmung ist; die Anhänger dieser Meinung legen deshalb dem Recht der Praxis die Bezeichnung „Juristenrecht" bei, während Andere hierunter die Producte der gesammten Thätigkeit der Juristen, also auch das wissenschaftliche Recht, verstehen. — Neuere Particularrechte lassen die Praxis nicht mehr als Rechtsquelle gelten; denn heutzutage, wo die Gesetzgebung fortwährend im Flusse ist, und überall, wo sich ein Bedürfniß dazu zeigt, einschreitet, wäre die gewohnheitsmäßige Anerkennung neuer Rechtssätze in den Urtheilen der Gerichte nichts als eine Verletzung der bestehenden Gesetze durch diejenigen, welche zu ihren Wächtern bestellt sind.

II. § 8. Lücken und Widersprüche in den Rechtsvorschriften.

Savigny, §§ 42–46.

1. Lücken, welche sich in den Rechtsvorschriften finden, sind durch analoge Anwendung der für ähnliche Fälle und Verhältnisse bestehenden Vorschriften auszufüllen (§ 7).

2. Widersprüche, welche sich in den Rechtsvorschriften finden (Antinomien), sind nach dem Grundsatze zu lösen, daß die eine widersprechende Vorschrift die andere aufhebt, und daß es demnach so anzusehen ist, als

[5] l. 38. D. de leg. 1, 3.

wenn überhaupt keine Rechtsvorschrift vorhanden wäre[1]. Es ist indeß zu erwägen, daß die Behauptung eines Widerspruchs einen schweren Vorwurf gegen den Urheber der Rechtsvorschriften enthält, und er ist nur dann gerechtfertigt, wenn vorher alle Erklärungsmittel erschöpft sind[2]; hierbei ist zunächst darauf zu sehen, ob nicht die eine Vorschrift die andere näher bestimmt, beschränkt, eine Ausnahme ihr hinzufügt (systematische Vereinigung der widersprechenden Vorschriften[3]); sodann darauf, ob nicht die eine Vorschrift bloß historisches Material, die andere das jetzt geltende Recht enthält (historische Vereinigung der widersprechenden Vorschriften[4]). — Für die Justinianische Compilation ist noch zu beachten, daß die Novellen später als die Institutionen, die Digesten und der Codex erlassen sind, mithin ihnen vorgehen; einige Juristen haben auch dem Codex eine gleiche Kraft gegenüber den Institutionen und den Digesten beilegen wollen, weil er jünger ist als diese (§ 2 unter I); allein mit Recht behandelt die herrschende Meinung diese drei Gesetzbücher als von gleicher Kraft; denn Justinian wollte Ein großes legislatives Werk abfassen, und der Augenblick der Publication der einzelnen Theile dieses Werkes war ein zufälliger[5].

III. Geltung der Rechtsvorschriften hinsichtlich der Zeit und der Personen.

A. § 9. Hinsichtlich der Zeit.

Savigny, § 383 f. — Vangerow, § 26.

I. Die Geltung einer Rechtsvorschrift beginnt in der Regel sofort mit ihrem Entstehen[1]; doch wird oft in Gesetzen ein späterer Zeitpunkt als Anfang ihrer Geltung bestimmt, damit inzwischen das Gesetz gründlich bekannt werde[2]. — Rechtsvorschriften haben in der Regel keine rückwirkende Kraft[3]; doch wird dieselbe zuweilen vom Gesetzgeber einem Gesetze beigelegt[4]; stillschweigend beigelegt ist sie einer ergehenden Declaratoria[5] (§ 6); doch ist alsdann das neue Gesetz nicht auf Fälle zu beziehen, welche bereits durch rechtskräftiges Urtheil oder Vergleich abgethan sind[6], noch auf Fälle, welche in der Appellationsinstanz schweben[7], denn der höhere Richter hat zu prüfen, ob das Urtheil des niederen Richters dem bei seiner Verkündung geltenden Rechte entspreche. —

II. Rechtsvorschriften gelten in der Regel so lange, bis sie durch eine neue Rechtsvorschrift aufgehoben werden: ius posterius derogat.

[1] cf. Gai. 1, 7; § 8. I. de jure nat. 1, 2. — [2] l. 2. § 15. C. de vet. j. enucl. 1, 17. — [3] vgl. z. B. einerseits l. 3. l. 4. § 2. D. pro suo 41, 10; andererseits l. 27. D. de usurp. 41, 3; § 11. I. de usuc. 2, 6; endlich l. 11. D. pro emt. 41, 4. l. 4. D. pro leg. 41, 8; l. 5. § 1. D. pro suo. 41, 10. — [4] vgl. z. B. l. 34. pr. D. mand. 17, 1. einerseits und l. 15. D. de r. c. 12, 1 andererseits; cf. const. imperatoriam majestatem § 5. — [5] l. 2. §§ 12. 23. l. 3. § 15; C. de vet. iure enucl. 1, 17.

[1] Nov. 66, c. 1. pr. — [2] Nov. 58; Nov. 66. c. 1. pr.; Nov. 116. c. 1. — [3] l. 7. C. de leg. 1, 14; l. 65. i. f. C. de dec. 10, 31; c. 13. X. de constant. 1, 2. — [4] l. 21. C. ad sct. Vell. 4, 29; l. 3. C. de pact. pign. 8, 35; l. 27. C. de fide instr. 4, 21. — [5] Nov. 19. pr. c. 1. Nov. 143. a. E. — [6] l. 21. C. ad sct. Vell. 4, 29; l. 15. § 5. C. de leg. her. 6, 58; l. un. i. f. C. de contr. jud. 1, 53; l. 17. C. de fid. instr. 4, 21. — [7] Nov. 115. c. 1.

priori[8]. Mit der Rechtsvorschrift selbst sind auch ihre Folgesätze aufgehoben; ihre Ausnahmen sind es nur dann, wenn dies von dem Urheber des neuen Rechtssatzes gewollt ist[9]. Durch späteres Gemeines Recht wird das ältere Particularrecht nur dann aufgehoben, wenn dies gewollt ist[10]. Transitorische Gesetze, d. h. solche, welche ausdrücklich nur für eine gewisse Zeit oder für gewisse Verhältnisse gegeben werden, hören mit Ablauf der Zeit resp. mit Wegfall der Verhältnisse auf; frühere Juristen behaupteten das Gleiche von nichttransitorischen Gesetzen, deren Zweck fortfällt; sie stellten deshalb die Regel auf: cessante ratione legis cessat lex ipsa, allein diese Meinung ist heut allgemein verworfen.

B. § 10. Hinsichtlich der Personen.

Wächter, der entschuldbare Rechtsirrthum. 1871. — Savigny, Beilage 8. Nr. 8. 30—33. — Vangerow, § 83 Anm. 1.

Die Rechtsvorschriften gelten in der Regel in gleicher Weise für alle Personen resp. eine Classe derselben (§ 13); absichtliche Mißachtung und irrthümliche Vernachlässigung der Rechtsvorschriften ist demnach stets mit Nachtheilen verbunden[1].

I. Die absichtliche Mißachtung der Rechtsvorschriften scheint dem Römischen Kaiser gestattet gewesen zu sein, da die Quellen mehrfach den Satz enthalten: princeps legibus solutus est; richtiger ist es, den Satz als ein bloßes Theorem des römischen Staatsrechts aufzufassen, denn es wird gleichzeitig berichtet, daß der Kaiser sich freiwillig den Rechtsvorschriften unterwerfe[2]; jedenfalls entscheiden heute in dieser Beziehung die Grundsätze des deutschen Staatsrechts.

II. Daß die irrthümliche Vernachlässigung der Rechtsvorschriften[3] mit Nachtheilen verknüpft ist, wird gewöhnlich so ausgedrückt: der Rechtsirrthum (error s. ignorantia iuris) ist unentschuldbar. Aber es wird (in denjenigen Fällen, in welchen der factische Irrthum entschuldigt wird, § 51) auch der Rechtsirrthum verziehen:

1. demjenigen, welcher einen Rechtssatz weder selbst füglich kennen noch einen Rechtsgelehrten um Belehrung angehen konnte[4]; dies wird nur selten der Fall sein z. B. bei particulärem Gewohnheitsrecht, bei ausländischem Recht, bei bestrittenen Rechtssätzen.

2. bestimmten Personen wegen ihrer Unerfahrenheit oder privilegirten Stellung: den Minderjährigen, Frauen, ungebildeten Menschen (rustici), Soldaten. Doch findet es nicht bei ihnen allen in gleichem Maße statt. Am weitesten bei den Minderjährigen, denen der Rechtsirrthum verziehen wird sowohl um positiven Schaden von ihnen abzuwenden, als um ihnen

---

[8] l. 4. D. de const. princ. 1, 4; l. 80. D. de r. j. 50, 17. — [9] l. 41, D. de poen. 48, 19. — [10] l. 3. § 5. de sep. viol. 47, 12; c. l. in VI. de const. 1, 2.

[1] l. 12. C. de jur. ign. 1, 10; l. 9. C. de leg. 1, 14; l. 48. pr. D. de fid. 46, 1. — [2] l. 31. D. de leg. 1, 3; l. 23. D. de leg. 3. (32); l. 3. C. de test. 6, 23; l. 4. C. de leg. 1, 14; § 8. i. f. I. qu. m. test. inf. 2, 17; cf. l. 26. C. de don. i. v. et u. 5, 16. — [3] t. D. 22, 6; t. C. 1, 18: de juris et facti ignorantia. — [4] l. 9. § 3. D. h. t. 22, 6; l. 10. D. de b. p. 37, 1; l. 2. § 5. D. si quis ordo 38, 5; c. 1. in VI. de const. 1, 2.

Gewinn zu verschaffen[5]; sodann bei den Frauen, denen der Rechtsirrthum nur verziehen wird, um positiven Schaden von ihnen abzuwenden[6] und auch hier nicht ohne Ausnahme (die Klagverjährung[7]); endlich bei den Ungebildeten[8] und Soldaten[9] nur in einigen wenigen Fällen, welche später in den betreffenden Materien erwähnt werden sollen.

In zwei Stellen[10] von Papinian wird ganz allgemein gelehrt: der Rechtsirrthum wird Jedermann verziehen, sobald es sich um Abwendung eines positiven Schadens handelt, nicht hingegen, sobald um Verschaffung eines Gewinns. Diese Stellen stehen mit den obigen Grundsätzen in offenbarem Widerspruch, und eine Lösung desselben ist bisher trotz vielfacher Bemühungen nicht gelungen.

IV. Eintheilung der Rechtsvorschriften.

A. § 11. Nach ihrer Form.

(ius scriptum — non scriptum.)

Vangerow, § 12.

Nach ihrer Form theilt man die Rechtsvorschriften in ius scriptum und non scriptum, geschriebenes und ungeschriebenes Recht[1]. Das gesetzliche Recht ist in der Regel geschrieben, daher identificiren Viele das gesetzliche Recht mit dem geschriebenen, das Gewohnheitsrecht mit dem ungeschriebenen: mit Unrecht, denn das Gewohnheitsrecht wird vielfach aufgezeichnet.

B. § 12. Nach ihrer Beziehung zu den Rechtsverhältnissen.

(sog. ius cogens — dispositivum.)

Savigny, § 16.

Nach der Beziehung der Rechtsvorschriften zu den von ihnen beherrschten Rechtsverhältnissen theilt man dieselben in zwingendes Recht (absolutes Recht, sog. ius cogens, in den Quellen zum ius publicum gerechnet), und ergänzendes, vermittelndes, nachgiebiges Recht, sog. ius dispositivum[1]. — Das zwingende Recht gilt unbedingt, schließt also jede Privatwillkür aus: ius publicum privatorum pactis mutari non potest[2]; man theilt es in gebietendes und verbietendes Recht (sog. ius praeceptivum — prohibitivum), je nachdem es positiv oder negativ gefaßt ist (z. B. Formvorschriften müssen beobachtet werden[2a] — unsittliche Verträge sind nichtig). Das ergänzende Recht läßt der Privatwillkür freien Spielraum und tritt erst dann ein, wenn das Rechtsverhältniß durch

[5] l. 9. pr. D. h. t. 22, 6; l. 11, C. h. t. 1. 18. — [6] l. 8. l. 9. pr. D. h. t. 22, 6; l. 3. l. 11. l. 13. C. h. t. 1, 18. — [7] l. 3. C. de praescr. 30 ann. 7, 39. — [8] l. 8. C. qui adm. 6, 9; l. 1. § 5 D. de ed. 2, 23; l. 2. § 1 D. si quis in ius 2, 5. — [9] l. 9. § 1; D. h. t. 22, 6; l. 1. C. de rest. mil. 2, 51; l. 22. pr. § 15. C. de jure del. 6, 30; l. 5. C. de his qui sibi adscr. 9, 23; § 5 I. de her. qual. 2, 19. — [10] l. 7. l. 8. D. h. t. 22, 6.

[1] §§ 3, 9, 10. I. de jure nat. 1, 2; l. 6. § 1. D. de just. 1. 1; l. 36, D. de leg. 1. 3.

[1] l. 7. D. de leg. 1, 3. — [2] l. 38. D. de pact. 2, 14. — [2a] l. 27. D. de r. i. 50, 17.

Privatwillkür nicht geordnet ist (z. B. diejenige Partei, welche Vortheil aus einem Vertrage hat, kommt für culpa levis auf; die Grundsätze des Intestaterbrechts). Wird eine zwingende Rechtsvorschrift bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts nicht beobachtet, so ist das letztere in der Regel nichtig[3], und die Rechtsvorschrift heißt eine lex perfecta (z. B. Vermächtnisse sind, soweit sie drei Viertel des Nachlasses übersteigen, nach der lex Falcidia nichtig[3a]); zuweilen tritt außer der Nichtigkeit des Geschäfts noch eine Bestrafung des Zuwiderhandelnden ein, dann heißt die Rechtsvorschrift bei den Neueren eine lex plus quam perfecta (z. B. Schenkungen unter Leuten, welche im Incest leben, sind nichtig, und das Geschenkte fällt an den Fiscus[4]); zuweilen besteht das Rechtsgeschäft zu Recht, doch wird der Zuwiderhandelnde bestraft, dann heißt die Rechtsvorschrift eine lex minus quam perfecta[5] (z. B. bei der vorzeitigen Wiederverheirathung einer Wittwe nach Römischem Recht ist die Ehe zwar giltig, aber die binuba wird bestraft, § 351). Das Römische Recht kennt auch Rechtsvorschriften, welche etwas verbieten, Zuwiderhandlungen aber weder für nichtig erklären, noch mit Strafe belegen; sie heißen leges imperfectae[6] (z. B. die lex Cincia, § 69; ferner die Vorschrift der l. Iul. et Pap. über die Scheidung einer an ihren Patron verheiratheten Liberta[7]).

C. § 13. Nach ihrem Charakter.

(Ius commune [regelmäßiges Recht] und ius singulare [anomales Recht] Billigkeit. Privilegium im weiteren Sinne)

Savigny, §§ 15. 16. — Vangerow, § 30.

I. Begriff. Nach ihrem Charakter theilt man die Rechtsvorschriften in ius commune[1] (regelmäßiges Recht) und in ius singulare[2] (anomales Recht). Die Vorschriften des ius commune enthalten die consequente Durchführung der herrschenden Grundprincipien des Rechts (stricta ratio, ratio disputandi, stricta iuris ratio[3]); die Vorschriften des ius singulare haben die Natur von Ausnahmen aus dem ius commune[4]. Der Grund der Aufstellung solcher Ausnahmen ist ein mehrfacher. Bald ist es die Rücksichtnahme auf die Sittlichkeit (boni mores); denn das Recht, wenngleich von der Moral geschieden, darf doch Immoralitäten nicht begünstigen, und kann daher z. B. Verträge und Bedingungen mit unsittlichem Inhalt nicht zulassen (§§ 58. 208). Bald ist es die Rücksicht auf das öffentliche Wohl (publica utilitas, bonum publicum[5]), denn die Privatrechte müssen hinter den Anforderungen des öffent-

---

[3] l. 5. C. de leg. 1, 14; l. 6. C. de pact. 2, 3. — [3a] l. 73 § 5. D. ad l. Falc. 35, 2. — [4] l. 2. l. 4. C. de inc. nupt. 5, 5. — [5] Ulp. fr. § 2. — [6] Ulp. fr. § 1. cf. XXII, 34. eod. — [7] l. 11. pr. D. de div. 24, 2. l. un. § 1. D. unde vir et uxor 38, 11.

[1] l. 12. D. de min. 4, 4; l. 7. D. de injusto 28, 3; l. 15. D. de vulg. 28, 6; l. 3. l. 21. D. de test. mil. 29, 1; l. 37. D. de j. f. 49, 14. — [2] l. 16. D. de leg. 1, 3; l. 23. § 3. D. de fid. lib. 40, 5; l. 23. § 1. l. 44. § 1. D. de a. p. 41, 2; l. 44. § 3. D. de usurp. 41, 3; l. 15. D. de r. c. 12, 1. — [3] l. 43. D. de rel. 11, 7; l. 51. § 2. i. f. D. ad. l. Aq. 9, 2; § 10. I. mand. 3, 26. — [4] l. 14—16. D. de leg. 1, 3; l. 141. pr. D. de r. j. 50, 17. — [5] l. 51. § 2. i. f. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 43. D. de rel. 11, 7; l. 1. usurp. 41, 3.

lichen Wohls zurückstehen. Bald ist es die Rücksicht auf die eigenthümliche Natur gewisser Personen, Dinge, Verhältnisse (Minderjährige, Frauen, Dotalgrundstücke, Zinsen), bei deren Unterstellung unter die allgemeine Regel man besonderen Umständen von bedeutendem Inhalt nicht gerecht werden würde. Die mit Rücksicht auf solche besondere Umstände aufgestellten Grundsätze bilden das billige Recht, in den Quellen bonum et aequum [6] genannt, weil dadurch die rechte Ordnung und die innere Gleichheit der dem Rechte unterworfenen Personen und Dinge bewirkt wird. Recht und Billigkeit sind hiernach keine Gegensätze, vielmehr ist die Billigkeit so sehr das höchste Ziel der Rechtsvorschriften, daß die Rechtswissenschaft in den Quellen als notitia boni et aequi [7] bezeichnet wird; wird dieses Ziel vernachlässigt, so werden die Rechtsvorschriften unheilbringend: summum ius summa injuria [8]. Je älter das Zeitalter, desto mehr tragen die Rechtssätze den Charakter des strictum ius, (denn es bedarf der Zeit, um das Billige zu erkennen und die Rechtsvorschriften danach einzurichten); die Geschichte des römischen Rechts ist zum großen Theil ein fortdauernder Entwickelungsproceß vom ius strictum zum ius aequum et bonum, ja in gewissen Materien ist die Billigkeit allmählich so sehr in die Rechtsvorschriften eingedrungen, daß sich das Bewußtsein ihres ursprünglichen Charakters als ius singulare verloren, und daß sie demnach zum ius commune gerechnet werden (z. B. bei der bonae fidei possessio, § 155); mit anderen Worten: der Inhalt des ius aequum ist kein feststehender, sondern er wechselt mit den Perioden der Rechtsentwicklung, niemals aber wird die Rechtsentwicklung dahin führen, daß das strictum ius völlig schwindet.

II. Grundsätze über das ius singulare. Das singuläre Recht kann nicht auf verwandte Fälle (durch Analogie) übertragen werden [9] (§ 7 unter 2); es ist dies eine Anweisung an den Richter, damit derselbe den Bruch in die Rechtsconsequenz nicht erweitere, nicht aber ist es eine Vorschrift für den Gesetzgeber, und daher haben die classischen römischen Juristen, welche vermöge ihres ius respondendi gesetzgeberische Befugnisse übten, sich an jene Regel nicht gekehrt: sie erweiterten z. B. die Fälle des sct. Velleianum, des benef. competentiae u. dgl. m. [10] — Das ius singulare erzeugt oft Vorrechte für gewisse Classen von Personen oder für gewisse Rechtsverhältnisse; diese Vorrechte heißen beneficia iuris s. legis, privilegia, Privilegien im weiteren Sinne, und zwar priv. personae, falls sie an die Person des Begünstigten geknüpft sind [11] (so das privilegium exigendi des Pupillen, die meisten Fälle des benef. competentiae [12]), priv. causae, falls sie jeder Person gebühren, welche in ein bestimmtes Rechtsverhältniß tritt, also auch dem Erben und Bürgen

[6] l. 5. § 5. D. de his qui eff. 9, 3; l. 14. § 6. D. de rel. 11, 7; l. 65. l. 66. D. de c. i. 12, 6; l. 2. § 8. D. si quis caut. 2, 11. — [7] l. 1. pr. § 1. D. de just. 1, 1; cf. l. 90. D. de r. j. 50, 17; l. 8. C. de jud. 3, 1. — [8] Cic. de off. 1, 10. — [9] l. 14. D. de leg. 1, 3; l. 162. D. de r. j. 50, 17; cf. l. 23. § 3. D. de fid. lib. 40, 5. — [10] l. 2. § 4. D. ad sct. Vell. 16, 1; l. 20. D. de re jud. 42, 1; l. 2. § 5. D. de aq. pluv. 39, 3. — [11] l. 196. D. de r. j. 50, 17. — [12] l. 42. D. de adm. 26, 7; l. 24. l. 45. D. de re jud. 42, 1; l. 7. pr. D. de exc. 44, 1.

des Begünstigten (so das Recht des Minderjährigen aus der Restitution, die Berufung auf das sct. Macedonianum und Velleianum[13]). Von den Privilegien im weiteren Sinne gelten folgende Grundsätze:

1. Das Privilegium wird dem Begünstigten nicht aufgedrungen, vielmehr hat er die Wahl zwischen dem ius commune und singulare: beneficium invito non datur[14].

2. Das Privilegium geht verloren, wenn der Privilegirte sich der Begünstigung unwürdig macht, z. B. wenn wider besseres Wissen der Minderjährige sich für großjährig, das Hauskind sich für gewaltfrei ausgiebt, so verliert jener das Recht auf Restitution, dieses die exceptio sct. Macedoniani[15].

3. Kommen mehrere Privilegien mit einander in Conflict, so geht bald das eine dem anderen vor (so der Anspruch des Minderjährigen auf Restitution gegenüber der Berufung des großjährigen Hauskindes resp. der intercedirenden Frau auf das sct. Macedonianum resp. Velleianum[16], ferner gewisse priv. exigendi, gewisse privilegirte Pfandrechte §§ 205. 234); bald beschränken die mehreren Privilegirten sich gegenseitig bei der Ausübung ihrer Privilegien (so die meisten priv. exigendi); bald endlich wird der Status quo aufrecht erhalten (so hat der Minderjährige, welcher einem minderjährigen Hauskind ein Darlehn gegeben, keinen Anspruch auf Restitution[17]).

Es giebt auch singuläre Rechtsvorschriften, welche Denjenigen, welchen sie betreffen, zum Nachtheile gereichen (so die Rechtsvorschriften bezüglich Ketzer, Juden); neuere Juristen nennen sie priv. odiosa, die bisher dargestellten priv. favorabilia.

D. Nach ihrem Gebiete.

1) § 14. Nach dem räumlichen Gebiete. (Allgemeines und particuläres Recht.)

Savigny, § 22. — Vangerow, § 11.

Nach dem räumlichen Gebiete theilt man heute die Rechtsvorschriften in allgemeines und particuläres Recht, sog. ius universale — particulare. Das allgemeine Recht gilt in einem ganzen Staatsgebiet, das particuläre in einem Theil desselben (Provinzialrecht, Statutarrecht). Allgemeines Recht war in Deutschland bis gegen Ende des vorigen Jahrhunderts das Gemeine Recht (§ 1 unter I); Particularrechte waren die Rechte der einzelnen Territorien. Seitdem sind in vielen Territorien Codificationen ergangen und in diesen ist das codificirte Recht das allgemeine, neben welchem die früheren Provinzial- und Statutarrechte häufig fortbestehen. — Es gilt die Regel, daß das particuläre Recht dem allgemeinen vorgeht; daher das deutsche Rechtssprichwort: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeines Recht; nur da gilt eine Aus-

---

[13] l. 6. D. de in int. rest. 4, 1; l. 13. pr. l. 18. § 5. D. de min. 4, 4; l. 7. pr. D. ad sct. Mac. 14, 6; cf. l. 7. § 1. D. de exc. 44, 1. — [14] l. 69. D. de r. j. 50, 17; l. 41. D. de min. 4, 4. — [15] l. 3. pr. l. 19. D. ad. sct. Mac. 14, 6; l. 12. l. 17. § 1. D. ad. sct. Vell. 16, 1; l. 10. § 1. D. de fid. 46, 1. — [16] l. 11. § 7. l. 12. D. de min. 4, 4. — [17] l. 11. § 6. l. 34. pr. D. de min. 4, 4.

nahme, wo das allgemeine Recht einen zwingenden Charakter hat (§ 12). — Wohl zu unterscheiden von der eben dargestellten Eintheilung der Rechtsvorschriften ist die römische Eintheilung in ius civile (quod quisque populus sibi ipse constituit) und in ius gentium (quod apud omnes gentes peraeque custoditur [1]). Das ius gentium ist allen Völkern gemeinsam (gilt also in verschiedenen Staatsgebieten), das ius civile ist das dem Römischen Volke eigenthümliche Recht, das von den nationalen Anschauungen des Römischen Volkes beherrschte Recht. Die Unterscheidung in ius civile und gentium ist heut überwunden, da das Justinianische Recht nur noch wenig Institute des nationalen Römischen Rechts enthält, z. B. die Ersitzung, die Testirfreiheit.

2) § 15. Nach dem gegenständlichen Gebiete.

(Sog. ius generale — speciale. Privilegium im engeren Sinne.)

Vangerow, §§ 114—116.

Nach dem gegenständlichen Gebiete theilt man die Rechtsvorschriften in leges generales und constitutiones personales s. leges speciales [1], heutzutage in ius generale und speciale. Durch das ius generale wird eine Rechtsnorm aufgestellt; dabei ist der Charakter des Rechtssatzes (§ 13) gleichgiltig: auch die privilegia im weiteren Sinn gehören zum ius generale. Durch das ius speciale wird eine bestimmte rechtliche Wirkung hergestellt; eben deshalb faßt das moderne Staatsrecht das ius speciale nicht als Gesetz auf und überläßt seine Ertheilung, vorausgesetzt daß es nicht das Staatsvermögen betrifft, dem Ermessen des Fürsten ohne Mitwirkung der Landesvertretung. — Constitutiones personales ergingen in der Kaiserzeit namentlich in Justizsachen, indem der Kaiser entweder einen streitigen Rechtsfall entschied (decretum), oder auf Anfrage einer Partei oder eines Richters die Grundsätze aufstellte, nach denen ein Rechtsfall entschieden werden sollte (rescriptum, epistola); die constitutiones personales dieser Art (man nennt sie heut nach dem Canonischen Recht rescripta iustitiae) können heut wegen der veränderten Staatsverfassung nicht mehr erlassen werden. Dagegen sind die constitutiones personales anderer Art heut durchaus praktisch; man nennt sie nach dem Canonischen Recht rescripta gratiae; noch gewöhnlicher heißen sie Privilegien im engeren Sinne; von den im § 13 erörterten Privilegien im weiteren Sinn sind sie durchaus verschieden: denn jene stellen einen Rechtssatz auf, diese gewähren ein bestimmtes Recht. Das durch ein Privileg im engeren Sinn ertheilte Recht kann den verschiedensten Klassen angehören: eine frühere Handlungsfähigkeit (venia aetatis, § 21), Eigenthum (z. B. eine Nationalbelohnung an einen verdienten Staatsmann), eine Servitut (z. B. ein ius aquae aus einem öffentlichen Wasserbehälter [2]), das Recht auf einen öffentlichen Platz zu

---

[1] §§ 1. 2. 11. I. de jure nat. 1, 2; l. 1. § 4. l. 9. D. de just.

[1] l. 1. § 2. D. de const. princ. 1, 4; § 6. I. de jure nat. 1, 2; l. 2. C. de leg. 1, 14; l. 24. D. de stat. hom. 1, 5; l. 38. pr. D. qu. ex c. maj. 4, 6; l. 17. § 5. D. ad. mun. 50, 1; l. 6. D. de inc. 10, 39. l, 1. — [2] l. 1. § 31. sqq. D. de aq. quot. 43, 20.

bauen [2a], die Begünstigung eines Schuldners (Moratorium, § 228), Gewährung eines Familienrechts (durch Arrogation, Legitimation, §§ 362. 364), Befreiung (Dispensation) von einem Ehehinderniß, ein Gewerb- oder Handelsrecht (Monopol) u. s. w. — Das ertheilte Recht kann in verschiedener Weise mit der Person des Begünstigten verknüpft werden; nach der Verknüpfungsweise theilt man die Privilegien i. e. S. in priv. personae, rei, causae. Das priv. personae wird direct einer Person verliehen, sei es auf Lebenszeit, sei es vererblich und übertragbar [3]. Das priv. rei wird mit einer bestimmten Sache verknüpft (z. B. das einem Grundstück verliehene Recht des Wasserbezugs, die Steuerfreiheit eines Grundstücks [4]), es wird also mit dem Eigenthum der Sache an einen Andern übertragen. Das priv. causae wird mit einem bestimmten Rechtsverhältniß verknüpft und steht demnach jedem Individuum zu, welches in dieses Rechtsverhältniß eintritt (z. B. die Privilegien der Actionäre einer Staatsbank). — Von den Privilegien im engeren Sinne gelten folgende Grundsätze:

1. Das Privilegium entsteht durch eine constitutio personalis; dieselbe wird durch unvordenkliche Verjährung (§ 72) ersetzt [5].

2. Das Privileg hört auf durch Verzicht [6]; ferner durch Zeitablauf wenn es bloß auf eine Zeit ertheilt ist; ferner durch den Tod des Verleihers, wenn es ad suae voluntatis beneplacitum ertheilt ist [6a]; das unvererblich ertheilte Personalprivilegium hört durch den Tod der Person, das Realprivilegium durch den Untergang der Sache auf. Das Privilegium kann durch eine entgegengesetzte constitutio personalis aufgehoben werden, sei es wegen Mißbrauchs [7], sei es wegen Unverträglichkeit mit dem Staatswohl (alsdann gegen Entschädigung). Ueber die Aufhebung eines Privilegiums durch Nichtgebrauch (sog. erlöschende Verjährung) besagen die Quellen [8], daß ein Jahrmarktsprivilegium durch zehnjährigen, das Privilegium der Zehntfreiheit durch dreißig- resp. vierzigjährigen Nichtgebrauch untergeht; ältere Rechtslehrer übertrugen die erstere Vorschrift auf alle positiven, die letztere auf alle negativen Privilegien, allein nach der jetzigen gemeinen Meinung giebt es keine besondere erlöschende Verjährung der Privilegien, sondern es gelten dieselben Grundsätze, wie wenn das durch das Privileg gewährte Recht auf andere Weise entstanden wäre.

3. Die Klage, mit welcher das Privilegium, wenn es verletzt wird, gerichtlich geltend gemacht werden kann, ist nicht (wie man früher behauptete) die actio confessoria utilis (vgl. § 172), sondern sie richtet sich nach dem im Privilegium ertheilten Recht.

[2a] l. 2. § 16. De ne q. in l. publ. 43, 8. — [3] l. 1. § 2. D. de const. princ. 1, 4; l. 1. § 43. D. de aq. quot. 43, 20; l. 1. § 1. D. de jure imm. 50, 6. — [4] l. 1. § 43. D. de aq. quot. 43, 20; l. 3. § 1. D. de cens. 50, 15. — [5] c. 26. X. de v. s. 5, 40; c. 1. in VI. de praescr. 2, 13; R. A. v. 1548. § 56; R. A. v. 1576. § 105. — [6] c. 6. c. 15. X. de priv. 5, 33. — [6a] c. 5. X. de priv. 5, 33. — [7] l. 3. C. de aquaed. 11, 42; c. 11. c. 24. pr. X. de priv. 5, 33. — [8] l. 1. D. de nund. 50, 11; c. 6. c. 15. X. de priv. 5, 33.

Zweiter Titel.

§ 16. Das Recht im subjectiven Sinne oder die Berechtigung und ihre Arten.

Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. 1866. — Savigny, §§ 52—59. — Vangerow, § 113.

I. Begriff. Das Recht im subjectiven Sinne (sog. ius agendi, Privatrecht, Berechtigung) ist eine Herrschaft, welche einer bestimmten Person (oder mehreren) an einem bestimmten Gegenstand gemäß den Rechtsvorschriften zusteht. Diese Definition ist von mehreren Juristen der neuesten Zeit angefochten, welche behaupten, daß es auch subjectlose Rechte gebe, d. h. Rechte, welche keiner Person zustehen; vgl. darüber unten § 29.

II. Arten. Die Arten der Rechte im subjectiven Sinne werden durch die Natur ihres Gegenstandes und durch ihren Zweck gegeben. Gegenstand einer Berechtigung kann sein:

A. Die eigne Person jedes Menschen; jedem Lebenden sind gewisse Güter angeboren: Leben, Unversehrtheit des Körpers, Freiheit, Ehre; er hat ein Recht darauf, daß diese Güter nicht verletzt werden; die Darstellung der Verletzungen dieser Güter erfolgt meist im Criminalrecht, zum Theil auch im Privatrecht: §§ 313. 321.

B. Alles, was von der Person des Berechtigten unterschieden ist, also die gesammten übrigen Naturwesen, soweit sie einer Herrschaft unterworfen werden können. Diese Naturwesen zerfallen in zwei verschiedene Arten: die körperlichen Sachen und die Menschen. Die körperlichen Sachen ermangeln der Willenskraft, sie sind zum großen Theil nicht bloß willenlos, sondern zugleich leblos; ihnen gleich werden im Römischen Recht die Sklaven gestellt und behandelt. Die anderen Naturwesen, die Menschen, sind mit Willenskraft begabt oder sie werden diesen gleichgeachtet (die juristischen Personen). — Mit diesem Unterschied zwischen den Gegenständen der Privatrechte muß man einen anderen Unterschied combiniren, welcher aus dem Zweck der Privatrechte hergenommen ist. Die Privatrechte haben nämlich die Befriedigung eines Interesses des Berechtigten zum Zweck; ohne Interesse der Person haben die Privatrechte keine Bedeutung für die Person; das Interesse ist demnach die wesentliche Voraussetzung der Privatrechte (Folgerungen hieraus siehe in §§ 156. 185. 208. 272). Das Interesse ist von doppelter Art. Da nämlich die Natur in den Menschen zwei Triebe gelegt hat: den Selbsterhaltungs- und den Fortpflanzungstrieb (besser: den Trieb sich zu erhalten und zu entfalten sowie den Trieb zur Familienbildung) so besteht das Interesse der Menschen an den Privatrechten theils darin, daß sie ihnen die Mittel zur Befriedigung des Selbsterhaltungstriebs gewähren, theils darin, daß sie die Institutionen schaffen, um vermöge der Fortpflanzung die Entstehung einer Familie und die Heranbildung der neuen Generation zu fördern. Rechte mit dem Interesse ersterer Art heißen Vermögensrechte, weil die zur Befriedigung des Selbsterhaltungstriebs dienenden Mittel in der Regel in Gelde schätzbar sind und also einen Vermögenswerth haben; Rechte mit dem Interesse letzterer Art heißen Familienrechte. Doch muß hervor-

gehoben werden: einerseits, daß die zur Befriedigung des Selbsterhaltungstriebs dienenden Mittel zuweilen nicht in Gelde schätzbar sind und nur ein sog. Affectionsinteresse (d. h. eine berechtigte Neigung) befriedigen (§ 208 unter II. 3); andererseits, daß auch mit den Familienrechten vielfach Vermögensrechte verbunden sein können. — Hiernach unterscheidet man:

1. Die Vermögensrechte. Sie zerfallen in dingliche und in obligatorische (sog. persönliche) Rechte.

a. Der Gegenstand der dinglichen Rechte ist eine körperliche Sache (ein Ding). Es giebt mehrere Arten der dinglichen Rechte: das Eigenthum und die dinglichen Rechte an fremder Sache (sog. iura in re aliena); das Eigenthum gewährt regelmäßig die vollständige und ausschließliche Herrschaft, die dinglichen Rechte an fremder Sache (Servitut, Emphytheuse, Superficies, Pfandrecht) gewähren daran nur eine mehr oder weniger beschränkte Herrschaft.

b. Der Gegenstand der obligatorischen Rechte ist eine fremde Person; die Herrschaft, welche sie dem Berechtigten (Gläubiger) gegenüber der fremden Person (Schuldner) gewähren, besteht darin, daß er von ihr die Leistung einer Handlung oder eine Unterlassung fordern kann (daher heißen sie Forderungen, Forderungsrechte). Da die Handlungen resp. Unterlassungen höchst mannichfaltig sind, so sind es auch die Forderungen.

2. Die Familienrechte. Dieselben zerfallen in die Rechte der Ehegatten, die väterliche Gewalt, die Rechte zwischen Eltern und Kindern, die Rechte des Vormunds. — Die mit den Familienrechten verbundenen Vermögensrechte bilden das Familiengüterrecht, das angewandte Familienrecht.

Zu den bisher dargestellten Rechten treten noch folgende:

3. Das Erbrecht. Die gesammten Vermögensrechte einer Person in Verbindung mit ihren Schulden bilden eine Einheit (universitas, § 37), welche das Vermögen im juristischen Sinne (familia, bona) heißt; ein Vermögen ist vorhanden, mögen die Activa die Passiva übersteigen oder umgekehrt[1]. Das Vermögen eines Menschen wird durch seinen Tod nicht herrenlos, es wechselt nur den Herrn: es wird nämlich auf gewisse kraft der Rechtsvorschriften bestimmte Personen übertragen; diese Personen erhalten durch den Tod des bisherigen Inhabers des Vermögens ein Erbrecht. In dem Erbrecht liegt eine gewaltige Kräftigung der Vermögensrechte; die einzelnen Menschen überdauernd gewähren sie die Mittel, um die Interessen von Generationen zu befriedigen; deshalb gehört auch das Erbrecht zu den Vermögensrechten.

4. Das Recht des Besitzes. Der Besitz, die thatsächliche Herrschaft einer Person über eine körperliche Sache, ist zwar kein Recht (§ 112), wohl aber ist er ein Rechtsverhältniß d. h. ein vom Rechte bestimmtes Verhältniß; es sind nämlich an den Besitz vielfach rechtliche Folgen geknüpft, und es gehen aus dem Besitz bestimmte Befugnisse hervor, welche das sog. Recht des Besitzes (ius possessionis) bilden.

---

[1] l. 39. § 1. l. 49. l. 208. D. de v. s. 50, 16; l. 3. pr. D. de b. p. 37. 1.

Das Resultat der vorstehenden Ausführung ist folgendes: die Rechte im subjectiven Sinne zerfallen in die Rechte an der eignen Person, in die Vermögensrechte (dingliche Rechte und obligatorische Rechte), in die Familienrechte, in das Erbrecht, in das Recht des Besitzes. Man pflegt den Rechten an der eignen Person keinen besonderen Abschnitt zu widmen, weil sie einer selbständigen Behandlung nicht bedürfen; man pflegt ferner das Recht des Besitzes der Darstellung der anderen Rechte vorauszuschicken, weil didaktische Rücksichten dies anrathen. Sonach wird die Darstellung der Rechte im subjectiven Sinne (der sog. besondere Theil der Pandekten) behandeln:

den Besitz: Zweites Buch.
die dinglichen Rechte: Drittes Buch.
die Obligationen: Viertes Buch.
die Familienrechte: Fünftes Buch.
das Erbrecht: Sechstes Buch.

Ihnen vorausgeschickt wird eine Darstellung derjenigen Grundsätze, welche sich in gleicher Weise auf alle oder fast auf alle Rechte im subjectiven Sinne beziehen (der sog. allgemeine Theil der Pandekten): Erstes Buch.

Erstes Buch.

Die allgemeinen Lehren über die Rechte im subjectiven Sinne.

Erstes Capitel.

Die Personen.

Erster Titel.

§ 17. Begriff und Arten der Personen.

Savigny, § 60.

Der juristische Begriff der Persönlichkeit fällt mit dem der Rechtsfähigkeit zusammen; demgemäß versteht man unter Person ein rechtsfähiges Wesen, ein Rechtssubject, einen Träger von Rechtsverhältnissen. Da alles Recht um der Menschen willen ist [1], so ist ursprünglich jeder Mensch und nur er eine Person; allein das Römische Recht hat dies einschränkend und ausdehnend modificirt; einschränkend, indem es den Sklaven die Persönlichkeit nahm [2], ausdehnend, indem es gewissen Zwecken (§ 29 sq.) die Persönlichkeit gab. Da in das Gemeine Recht die Römische Ausdehnung des ursprünglichen Personenbegriffs übergegangen ist, so theilt man die Personen in natürliche und in juristische.

Zweiter Titel.

Die natürliche Person.

t. D. 1, 5: de statu hominum. t. J. 1, 3: de iure personarum.

I. § 18. Beginn der natürlichen Person.

Wächter: de partu vivo non vitali. 1863—1866. — Savigny, §§ 61. 62. Beilage Nr. 3. — Vangerow, § 22.

Eine natürliche Person ist vorhanden, wenn ein menschliches Wesen 1) vollständig [1] vom Mutterleibe getrennt ist [2] und zwar 2) lebend [3], 3) von menschlicher Gestalt [4], 4) entwickelt.

ad 1. Das Kind im Mutterleibe (nasciturus, venter, fetus, partus

---

[1] l. 2. D. de statu hom. 1, 5; § 12. I. de jure nat. 1, 2. — [2] l. 22. l. 32. D. de r. j. 50, 17.

[1] l. 3. C. de post. her. inst. 6, 29. — [2] l. 12. pr. D. de lib. 28, 2; l. 1. § 9. D. unde cogn. 38, 8. — [3] l. 3. C. de part. 6, 29; l. 129. D. de v. s. 50, 16. — [4] l. 3. C. de part. 6, 29.

nondum editus) ist zwar noch keine Person, sondern nur ein Theil des Körpers der Mutter[5], allein es gilt das Rechtssprichwort der Neueren: nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodis eius agitur[6], d. h. es werden dem Kinde im Mutterleibe alle ihm anfallenden Rechte (namentlich Stand und Erbrecht) für den Fall, daß es später geboren wird[7], vorbehalten; es erwirbt sie im Augenblicke seiner Geburt; zur Wahrung dieser Rechte kann ihm ein curator ventris ernannt werden[8]; auch wird deshalb auf den Nasciturus eine gewisse Sorgfalt verwendet[9], welche bis dahin reicht, daß der Schwangeren Alimente aus der dem ersteren vorbehaltenen Erbmasse gereicht werden (§ 423 a. E.) — Die Art der Trennung des Kindes von der Mutter ist juristisch gleichgiltig[10].

ad 2. Woran das Leben des Kindes erkannt wird, ist gleichgiltig; namentlich verwarf Justinian[11] diejenige Meinung, nach welcher nur das Schreien des Kindes für ein hinreichendes Erkenntnißmittel angesehen wurde. — Wie lange das Leben dauert, ist für den Begriff der Person gleichgiltig[12].

ad 3. Bloße Abweichungen von der regelmäßigen Menschengestalt (Glieder zu viel oder zu wenig, Zusammenwachsen zweier Menschen) sind kein Hinderniß der Persönlichkeit[13]; die Grenze der Menschengestalt aber und der Beginn eines Monstrum (prodigium, portentum) lassen sich in keine allgemeine Formel fassen; frühere Juristen erklärten die normale Bildung des Kopfes für entscheidend[14].

ad 4. Ob ein Kind entwickelt (partus perfectus) oder eine Fehlgeburt (abortus) sei, muß durch Sachverständige festgestellt werden. Ist es eine Fehlgeburt, so ist es, auch wenn es lebt, keine Person[15]; ist es hingegen genügend entwickelt, so ist es eine Person, trotzdem es nicht völlig ausgetragen ist[16]; die früher verbreitete Meinung, daß das Kind nur dann eine Person sei, wenn es Lebensfähigkeit (Vitalität) besitze, wird heut allgemein verworfen[17].

II. § 19. Ende der natürlichen Person. Beweis desselben.

Savigny, § 63. — Vangerow, § 33.

Die natürliche Person endigt mit dem Tode. Die häufig eintretende Schwierigkeit des Beweises des Todes hat einige positive Rechtsregeln veranlaßt.

1. Die Todeserklärung. Die Praxis der letzten Jahrhunderte

[5] l. 1. § 1. D. de insp. ventre 25, 4; l. 9. § 1. D. ad l. falc. 35, 2. — [6] l. 7. l. 26. D. h. t. 1, 5; l. 3. D. si pars her. 5, 4; l. 30. § 1. D. de a. h. 29, 2; l. 231. D. de v. s. 50, 16; l. 48. § 5. D. de furt. 47, 2; cf. l. 18. D. quando dies 36, 2. — [7] l. 7. pr. D. de reb. dub. 34, 5; l. 129. D. de v. s. 50, 16. — [8] l. 20. pr. D. de tut. et cur. 26, 5; t. D. 37, 9: de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. — [9] l. 2. D. de mort. inf. 11, 8; l. 18. D. h. t. 1, 5; l. 3. D. de poen. 48, 19. — [10] l. 12. pr. D. de lib. 28, 2; l. 6. pr. D. de inoff. test. 5, 2; l. 1. § 5. D. ad sct. tert. 38, 17. — [11] l. 3. C. de post. 6, 29. — [12] l. 2. l. 3. C. de post. 6, 29. — [13] l. 14. D. h. t. 1, 5; l. 12. § 1. D. de lib. 28, 2; l. 38. D. de v. s. 50, 16. — [14] Arg. l. 44. pr. D. de rel. 11, 7. — [15] l. 2. C. de post. 6, 29; § 1. I. de exh. lib. 2, 13; Pauli sent. rec. IV. 9. § 1. — [16] l. 3. i. f. C. 6, 29. — [17] Sie wird gestützt auf l. 12. D. de st. hom. 1, 5. u. l. 3. § 12. D. de sub. 38, 16.

hat im Anschluß an Psalm 90 Vers 10 („unser Leben währt siebzig Jahre") folgendes Gewohnheitsrecht ausgebildet: Wenn Jemand verschollen (d. h. wenn von Jemandes Leben in seinem letzten bekannten Wohnort seit langer Zeit keine Nachricht eingegangen ist), und wenn seit seiner Geburt siebzig Jahre verflossen sind, so wird sein Tod vermuthet; es erfolgt alsdann auf Antrag seiner Verwandten, seines Ehegatten, seines curator absentis eine Edictalladung des Verschollenen, um ihn für den, wenngleich unwahrscheinlichen, so doch möglichen Fall seines Lebens zu einer Kundgebung zu veranlassen; hat diese keinen Erfolg, und leistet der Antragsteller den sog. Diligenzeid (d. h. den Schwur, daß er trotz aller Mühe von dem Leben des Verschollenen keine Nachricht habe), so wird der Verschollene vom Richter durch ein Urtheil für todt erklärt und sein Vermögen wird zum Nachlaß, seine Frau wird zur Wittwe, seine Hauskinder werden frei von väterlicher Gewalt. Als Todestag gilt jetzt unbestritten der Tag des vollendeten siebzigsten Lebensjahrs, also der einundsiebzigste Geburtstag; frühere Juristen nahmen als solchen theils den Tag der Verschollenheit, theils den des richterlichen Urtheils an. — War der Verschollene zur Zeit des Verschwindens bereits siebzig Jahr alt, so wollen Viele fünf Jahre nach seiner Entfernung seinen Tod vermuthet wissen; doch hat sich hier wegen der Seltenheit der Fälle eine bestimmte Praxis noch nicht gebildet.

2. Lebensvermuthung. Die Kehrseite der Todesvermuthung ist die Lebensvermuthung; es kann nicht dieselbe Person in gewissen Beziehungen (nämlich soweit es sich um ihre Beerbung handelt, oben sub 1) als mit dem siebzigsten Jahre todt, und in anderen Beziehungen (nämlich, wenn dem Verschollenen Erbschaften oder Vermächtnisse anfallen, wenn er zu einer Leibrente oder Pension berechtigt ist) als schon früher verstorben gelten; man muß vielmehr ohne weiteren Beweis vermuthen, daß ein Verschollener bis zum vollendeten siebzigsten Jahr lebe und jene Erwerbungen machen könne; doch hat sich hierüber eine feste Meinung weder in der Theorie noch in der Praxis gebildet.

3. Die Lehre von den Commorienten. Hängen davon, daß eine Person vor einer anderen verstorben ist, gewisse Rechte ab, so muß derjenige, welcher sie in Anspruch nimmt, den früheren Tod jener Person beweisen[1]. Sind aber Mehrere zusammen umgekommen, so wird vermuthet, daß sie gleichzeitig gestorben seien[2]; wenn sie jedoch im Verhältniß von Ascendenten und Descendenten gestanden haben, so gilt die Vermuthung, daß der mündige Descendent nach seinem Ascendenten, der unmündige vor ihm gestorben sei[3]; ausgenommen: a) wenn Jemand seinem Erben ein Fideicommiß auferlegt hat unter der Bedingung, daß er ohne Kinder versterbe und der Erbe später mit seinem einzigen Kinde gemeinschaftlich umkommt, so wird stets vermuthet, daß das Kind ihn nicht überlebt habe, und das Fideicommiß muß ausgezahlt werden[4]; b) nach Römischem Rechte, wenn ein Freigelassener gemeinschaftlich mit seinem Kinde umkommt,

[1] l. 9. § 3; l. 16—l. 18. D. de reb. dub. 34, 5; l. 32. § 14. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 34. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 26. D. de m. c. d. 39, 6. — [2] S. die Stellen der vorigen N. — [3] l. 9. §§ 1. 4. l. 22. l. 23. D. de reb. dub. 34, 5; l. 26. pr. D. de pact. dot. 23, 4. — [4] l. 17. § 7. D. ad sct. treb. 36, 1. —

so wird stets vermuthet, daß das Kind ihn nicht überlebt habe, und der Patron des Freigelassenen hat an dessen Nachlaß ein Erbrecht, wie wenn jener kinderlos gestorben wäre [5].

Die erwähnten positiven Regeln gehören nur zum kleinen Theile (3) dem Römischen Rechte an; die modernen Rechtsbildungen (1. 2.) haben die Lücken des Römischen Rechts, welche namentlich in Kriegs- und Schiffbruchsfällen sehr fühlbar sind, nur in ungenügender Weise ergänzt; daher sind zahlreiche Particulargesetze ergangen, um diese Materie zu erledigen.

III. Juristisch bedeutende Verschiedenheiten der natürlichen Person.

1) § 20. Das Geschlecht.

Vangerow, § 36.

Das Römische Recht erkennt nur zwei Geschlechter an: das männliche und das weibliche; die unvollkommene Geschlechtsbildung (Zwitter, hermaphroditae) rechnet es zu demjenigen Geschlecht, welchem sie sich am meisten nähert [1]. Die Verschiedenheit der Menschen nach dem Geschlecht ist nur von geringer Bedeutung im Privatrecht. Im Allgemeinen nämlich stehen sich die Geschlechter im Privatrecht gleich (anders im öffentlichen Recht [2], woraus die Unfähigkeit der Frauen zum vormundschaftlichen Amt entspringt, § 374) und daher wird, wo in einer Erklärung das Masculinum genannt wird, das Femininum mitverstanden: verbum hoc „si quis" tam masculos quam feminas complectitur [3]. Allein das Römische Recht erkennt einerseits die frühere Entwickelung des weiblichen Geschlechtes an (es läßt seine Mündigkeit schon mit zwölf Jahren eintreten, § 21), andererseits dessen geringe Selbständigkeit, so daß die Frauen bezüglich der Unkenntniß des Rechts und der Intercession anders als die Männer behandelt werden (§§ 10. 255 sq.); in früherer Zeit waren die Frauen ebendeshalb sogar lebenslänglich unter Vormundschaft gestellt [4]. (§ 369).

2) § 21. Das Alter.

Savigny, §§ 108—111. — Vangerow, § 37.

Das Alter ist vornehmlich für die Handlungsfähigkeit (§ 49) der Menschen von Einfluß. Die Willensfähigkeit entfaltet sich nämlich im Menschen nur allmählich und in verschiedenen Menschen sehr verschieden; das Recht kann aber nicht die unendlich zahlreichen Verschiedenheiten der Entwicklung der Individuen berücksichtigen, sondern nur eine Reihe von Lebensstufen aufstellen, welche der Entwicklungsperiode der Menschen im Durchschnitt möglichst entsprechend ist. Solcher Lebensstufen stellt das Römische Recht zwei auf, die es ferner in je zwei theilt:

I. Das Alter der impuberes oder pupilli, Unmündigkeit, in welchem stehen 1) infantes, qui fari non possunt, Kinder, d. h. Menschen bis

---

[5] l. 9. § 2. D. de reb. dub. 34, 5.

[1] l. 10. D. de stat. hom. 1, 5; l. 15. § 1. D. de test. 22, 5; l. 6. § 2. D. de lib. 28, 2. — [2] l. 2. D. de r. j. 50, 17; l. 9. D. de stat. hom. 1, 5. — [3] l. 1. D. de v. s. 50, 16; l. 195. pr. eod.; l. 45. pr. de leg. 2. (31). — [4] Gai. 1, 144.

zum vollendeten siebenten Jahre[1]: sie sind völlig handlungsunfähig[2]; 2) qui fari possunt, sog. infantia maiores, d. h. Knaben bis zum vollendeten vierzehnten Jahre (nach der von Justinian[3] bestätigten Ansicht der Proculianer), Mädchen bis zum zwölften Jahre[4]: sie sind handlungsfähig, sofern es sich um Erwerb, nicht aber, sofern es sich um Verpflichtung oder Veräußerung handelt[5].

II. Das Alter der puberes, Mündigkeit, d. h. die Zeit vom vierzehnten resp. zwölften Lebensjahre an[6]. Männliche Mündige waren in alter Zeit völlig handlungsfähig, weibliche nur theilweis; sie konnten sich nicht verpflichten. Bald jedoch erlangten die Mündigen unter 25 Jahren (minores viginti quinque annis, minores, Minderjährige) gewisse Vorrechte, wie die Verzeihung des Rechtsirrthums und die restitutio in integrum (§§ 10. 102), und allmählich stellte man diejenigen, welche nicht in väterlicher Gewalt standen, unter Vormundschaft, so daß man nach heutigem Recht unterscheiden muß

1. puberes minores[7], Minorenne, Minderjährige; sie sind, wenn sie nicht in väterlicher Gewalt stehen, in derselben Lage wie die sog. infantia maiores und haben vor ihnen nur die Fähigkeit zur Errichtung eines Testaments und zur Ausschwörung eines promissorischen Eides voraus. Aus besonderen Gründen kann ein männlicher Minderjähriger von zwanzig, eine weibliche von achtzehn Jahren vom Regenten durch Rescript für großjährig erklärt werden (veniam aetatis impetrare[8]); aber auch diese bedürfen bei Veräußerung von Immobilien noch immer der Genehmigung der Obervormundschaftsbehörde[9] (§ 378); auch muß, wenn in einem Rechtsgeschäft ihrer Großjährigkeit gedacht ist, das 25. Lebensjahr abgewartet werden[10].

2. puberes maiores, Menschen in legitima aetas[11], Majorenne, Großjährige, Volljährige; sie sind regelmäßig (§ 22) völlig handlungsfähig.

Neben diesen vier Hauptaltersstufen werden noch erwähnt:

a) infantiae proximi und pubertati proximi. Das Alter derselben ist nicht nach festen Jahren begrenzt, sondern muß im speciellen Falle nach der Entwicklung der Willenskraft festgestellt werden: pubertati proximus heißt derjenige Unmündige, welcher derart entwickelt ist, daß ihm eine dolos begangene Rechtswidrigkeit zugerechnet werden kann[12] (§ 71).

b) plena pubertas, bei Jünglingen das vollendete achtzehnte, bei Mädchen das vierzehnte Jahr. Es wird nur in wenigen Beziehungen

---

[1] l. 1. § 2. D. de adm. 26, 7; l. 18. pr. § 4. C. de jure del. 6, 30; l. 14. D. de spons. 23, 1. — [2] Gai. 3, 107. 109; § 9 sq. I. de inut. st. 3, 19; l. 209. D. de v. s. 50, 16; l. 14. D. de spons. 23, 1; l. 1. § 2. D. de adm. 26, 7. — [3] l. 3. D. quando tut. esse des. 5, 60; Gai. 1, 196; Ulp. fr. 11, 28. — [4] pr. I. qu. m. tut. fin. 1, 22. — [5] pr. I. de auct. 1, 21; l. 9. pr. D. eod. 26, 8; l. 28. pr. D. de pact. 2, 14; l. 10. D. de jur. et fact. ign. 22, 6; l. 189. D. de r. j. 50, 17. — [6] Vgl. die Stellen in N. 3. 4. — [7] l. 1. §§ 2. 3. D. de min. 4, 4. — [8] t. C. 2, 45: qui veniam aetatis impetraverunt. — [9] l. 3. C. h. t. 2, 45. — [10] l. 4. C. h. t. 2, 45. — [11] l. 5. C. quando dies leg. 6, 53. — [12] § 18. I. de obl. ex. del. 4, 1; l. 4. § 26. D. de doli exc. 44, 4; l. 111. pr. D. de r. j. 50, 17; l. 13. § 1. l. 14. D. de dolo 4, 3; l. 23. D. de furt. 47, 2; l. 5. § 2. D. ad l. Aqu. 9, 2; l. 3. § 1. de inj. 47, 10.

(bezüglich des Alimentenvermächtnisses[13] und des Alters des Adoptirenden[14]) erwähnt. (§§ 363. 450 a. E.).

c) senectus, das Greisenalter ist gleichfalls nur ein bei einzelnen Rechtsverhältnissen erwähnter Lebensabschnitt; es ist nicht für alle Fälle gleichmäßig bestimmt; von der Uebernahme einer Vormundschaft befreit das siebzigste Jahr[15], die Arrogation ist in der Regel nur dem sechzigjährigen gestattet[16].

Nach dem Deutschen Reichsgesetz vom 17. Februar 1875 beginnt das Alter der Großjährigkeit mit dem vollendeten einundzwanzigsten Lebensjahre.

3) § 22. Die Krankheit.

Savigny, § 112.

Die Abnormität der organischen Functionen (Krankheit im weiteren Sinne) ist von Einfluß auf die Handlungsfähigkeit (§ 49). Sie ist entweder eine körperliche oder geistige Krankheit.

1. Die körperliche Krankheit hat ihren Grund in der Mißbildung resp. in dem Mangel eines Organs (vitium: Stummheit, Taubheit, Blindheit, Castration) oder in einer Störung der regelmäßigen Thätigkeit der Organe (morbus im engeren Sinne[1], wozu auch die Zeugungsunfähigkeit der spadones gehört[2]). Der Einfluß der Krankheit auf die Handlungsfähigkeit ist verschieden: Stumme und Taube können kein Rechtsgeschäft vornehmen, zu welchem Sprechen und Hören erfordert wird[3], Castraten sind zur Ehe und Adoption unfähig[4], u. s. w.

2. An geistiger Krankheit leiden die furiosi, mente capti, dementes, amentes, mag die Krankheit mit heftigen Ausbrüchen verbunden sein (furiosi, Rasende, Wahnsinnige) oder nicht (mente capti, dementes, Blödsinnige, Irre[5]). Geisteskranke sind völlig handlungsunfähig[6], außer in lichten Zwischenräumen (lucida intervalla, intermissus furor u. dgl.[7]). Gleichbehandelt werden Personen, welche im hohen Grade geistesschwach sind (fatui[8]), während beschränkte Leute (stulti, simplices u. dgl.) handlungsfähig sind.

Jede (körperliche wie geistige) Krankheit, welche so schwer ist, daß sie den Kranken an einer ihm obliegenden Handlung verhindert, heißt morbus sonticus[9].

---

[13] l. 14. § 1. D. de al. leg. 34, 1. — [14] l. 40. § 1. D. de adopt. 1, 7; § 4. I. eod. 1, 11. — [15] l. 2. pr. de exc. 27, 1; §. 13. I. eod. 1, 25; cf. l. 2. § 1. D. de vac. 50, 5. — [16] l. 15. § 2. D. de adopt. 1, 5.

[1] l. 101. § 2. D. de v. s. 50, 16. — [2] l. 128. D. de v. s. 50, 16. — [3] Gai. 3, 105; Ulp. fr. 20, 7. 13; §. 7. I. de inut. stip. 3, 19. — [4] l. 39. § 1. D. de j. de 23, 3; l. 6. pr. § 1. D. de lib. 28, 2; l. 2. § 1. l. 40. D. de adopt. 1, 7. — [5] l. 25. C. de nupt. 5, 4; l. 28. C. de ep. aud. 1, 4. — [6] l. 5. l. 40. D. de r. j. 50, 17; §. 8. I. de inut. stip. 3, 19; l. 14. D. de off. praes. 1, 8; l. 5. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2. — [7] l. 6. C. de cur. fur. 5, 70; l. 9. C. qui test. 6, 22; l. 14. D. de off. pr. 1, 18; l. 2. C. de contr. emt. 4, 38. — [8] §. 4. I. de cur. 1, 23; l. 2. D. de cur. fur. 27, 10; l. 2. D. de post. 3, 1. — [9] l. 65. § 1. D. de aed. ed. 21, 1; l. 60. D. de re iud. 42, 1; l. 46. D. de iud. 5, 1; l. 113. D. de v. s. 50, 16.

4) § 23. Die Verwandtschaft.

Vangerow, §§ 35. 43—45.

Die Verwandtschaft ist eine doppelte: eine natürliche und eine rein juristische.

I. Die natürliche Verwandtschaft (naturalis cognatio, cognatio schlechthin) bezieht sich auf die durch die Gemeinschaft des Blutes verbundenen Menschen[1]; sie hat die Geschlechtsverbindung zur Grundlage, welche in der Zeugung auf Seiten des Mannes, in der Empfängniß (Conception) auf Seiten des Weibes liegt, und welche zur Geburt führt. Die Geschlechtsverbindung kann aber einen sehr verschiedenen Charakter haben und von sehr verschiedenen Folgen begleitet sein; man unterscheidet nämlich:

1. die eheliche Geschlechtsverbindung. Das Römische Recht unterscheidet a) die echte Ehe (matrimonium iustum s. legitimum, iustae nuptiae[2]), welche das Connubium der beiden Gatten zur Voraussetzung und die väterliche Gewalt des Ehemannes über die in der Ehe erzeugten Kinder (filii legitimi) zur Folge hatte; b) die natürliche Ehe, welche weder diese Voraussetzung noch diese Folge hatte[3]. Dieser Unterschied ist zwar im Justinianischen Rechte noch vorhanden[4], aber durch das heutige Völkerrecht beseitigt: jede giltige Ehe ist heute eine echte Ehe. — Die Unterscheidung der echten Ehe in eine strenge (mit Manus des Ehemannes über die Ehefrau) und eine freie (ohne diese Manus[5]) ist bereits im Justinianischen Recht geschwunden. — Das Verhältniß des einen Ehegatten zu den Verwandten des anderen heißt Schwägerschaft (affinitas[6]), zu den Verwandten in auf- und absteigender Linie auch Schwieger- und Stiefverwandtschaft; es dauert nur, so lange die Ehe dauert[7]. — Auch Ehegatten und Verlobte werden als unter einander affines bezeichnet[8], nicht aber bei uns als Verschwägerte.

2. Die Geschlechtsgemeinschaft zufolge Concubinats[9], eine dauernde Lebensverbindung zwischen Mann und Weib, aber ohne affectio maritalis auf Seiten des Mannes[10], d. h. mit der Abrede, daß das Weib und die Kinder (liberi naturales) nicht in die Familie des Mannes treten sollen; sie ist im Römischen Recht erlaubt, im heutigen verboten und deshalb dem Stuprum (unten sub 4) gleich.

3. Die Geschlechtsverbindung unter Sklaven oder einer Freien mit einem Sklaven (contubernium), ein heute unmögliches Verhältniß, welches bei den Römern nur insofern rechtliche Bedeutung hatte, als die Kinder daraus untereinander und mit den Eltern in einer cognatio servilis

---

[1] l. 1. § 1. D. unde cogn. 38, 8; l. 4. § 2. D. de grad. 38, 10. — [2] Ulp. fr. 5, 1—9; l. 37. D. ad mun. 50, 1; l. 13. § 1. D. ad l. Jul. de adult. 98, 5; pr. I. de patr. pot. 1, 9. — [3] § 12. I. de nupt. 1, 10. — [4] l. 5. § 1. D. de bon. damn. 48, 20; l. 24. C. de don. i. v. et u. 5, 16; l. 1. C. de rep. 5, 17. — [5] Gai. 1, 108 sqq. — [6] l. 4. § 3. D. de grad. 38, 10. — [7] §§ 6. 7. I. de nupt. 1, 10. — [8] l. 8. D. de c. c. d. e. n. s. 12, 4; l. 38. § 1. D. de us. 22, 1; l. 84. D. de j. d. 23, 3; l. 15. C. de her. inst. 6, 24. — [9] t. D. 25, 7; t. C. 5, 26: de concubinis. — [10] l. 31. pr. D. de don. 39, 5; l. 3. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1.

standen und sich deshalb selbst nach ihrer Freilassung nicht heirathen durften[11].

4. Die vorübergehende Geschlechtsverbindung eines Mannes mit einem (freien) ledigen Weibe (stuprum[12]); die Kinder daraus heißen spurii, vulgo concepti, vulgo quaesiti.

5. Die Geschlechtsverbindung eines Mannes mit einer fremden Ehefrau (adulterium, Ehebruch); die Unzucht eines Ehemannes mit einem ledigen Weibe ist nach Römischem Rechte kein Ehebruch, wohl aber nach Canonischem[13] und heutigem Recht[13a]. Die Kinder aus der ehebrecherischen Verbindung heißen adulterini.

6. Die Geschlechtsverbindung unter Verwandten und Verschwägerten in gerader Linie ist ein incestus iure gentium, (incestae ac nefariae nuptiae, damnatus coitus, damnati complexus); diejenige in der Seitenlinie innerhalb der verbotenen Grade ist ein incestus iure civili[14]; die Kinder daraus heißen incestuosi.

Es gilt der Grundsatz: gegenüber der Mutter und der mütterlichen Familie ist die Art der Geschlechtsgemeinschaft gleichgiltig: das Kind, mag es ein eheliches oder uneheliches sein, ist mit ihnen stets verwandt[15]; gegenüber dem Vater und dessen Familie hingegen ist nur die eheliche Zeugung ein Grund der Verwandtschaft; ihr gleich steht die Legitimation (§ 362) und nach Canonischem Rechte schadet die Ungiltigkeit der Ehe den Kindern aus derselben überhaupt nicht, wenn die Ungiltigkeit beiden Eltern oder wenigstens einem unbekannt war (sog. Putativehe)[16]. Außereheliche Kinder haben also keinen Vater und keine väterliche Verwandte[17]; es stehen jedoch nach Römischem Rechte den liberi naturales (oben unter 2), heute auch anderen unehelichen Kindern gewisse Rechte gegenüber ihrem Erzeuger zu (§§ 328. 409). — Der Beweis der Zeugung ist übrigens (abgesehen von dem Anerkenntniß des Erzeugers) sehr schwierig; es gilt jedoch die Vermuthung, daß, wenn eine Ehefrau frühestens am 182. Tage nach Eingehung und spätestens am 300. Tage nach Aufhebung der Ehe ein Kind gebiert, dasselbe von dem Ehemann gezeugt sei: pater is est, quem nuptiae demonstrant[18]; gegen diese Vermuthung ist der Gegenbeweis zulässig, daß der Ehemann nicht gezeugt *haben könne*, z. B. daß er während der Conceptionszeit (der Zeit zwischen dem 182. und 300. Tage vor der Geburt) abwesend oder impotent gewesen sei[19]; der Beweis, daß die Ehefrau sich in jener Zeit mit einem Anderen als dem Ehemann vermischt habe, genügt nicht[20]. Wollen uneheliche Kinder ihrem Erzeuger, welcher sie nicht anerkennt, die Zeugung nachweisen, so genügt nach der Praxis der Beweis, daß derselbe mit der Mutter in der Conceptionszeit

[11] l. 8. . 14. §§ 2. 3. l. 56. D. de r. n. 23, 2. — [12] l. 34. D. ad. l. Jul. de adult. 48, 5. — [13] c. 23. C. 32. qu. 5; c. 4. C. 32. qu. 4. — [13a] Deutsches Strafgesetzbuch v. 1871. § 172. — [14] § 1. I. de nupt. 1, 10; l. 1. § 3. D. de concub. 25, 7; l. 68. D. de r. n. 23, 2; l. 5. § 1. D. de cond. s. c. 12, 7; l. 45. C. de ep. 1, 3; Nov. 74. c. 6. — [15] l. 4. § 3. l. 5. D. de in jus. voc. 2, 4; l. 4. D. unde cogn. 38, 8. — [16] c. 2. c. 8. c. 14. c. 15. X. qui fil. leg. 4, 17. — [17] § 12. I. de nupt. 1. 10; l. 23. D. de stat. hom. 1, 5. — [18] l. 5. D. de in jus. voc. 2, 4; l. 12. D. de stat. hom. 1, 5; l. 3. §§ 11. 12. D. de suis 38, 16. — [19] l. 6. D. de his qui sui 1, 6. — [20] l. 29. § 1. D. de prob. 22, 3; l. 11. § 9. D. ad. l. Jul. de ad. 48, 5.

den Beischlaf vollzogen habe. — Die Nähe der Verwandtschaft zwischen zwei Personen wird im Römischen Rechte nach dem (von den Neueren gebildeten) Rechtssprichwort: tot sunt gradus, quot sunt generationes berechnet, d. h. zwei Personen sind in demjenigen Grade miteinander verwandt, welcher der Anzahl der ihre Entstehung bewirkenden Zeugungen resp. Geburten gleich ist[21]. Das Canonische Recht unterscheidet die gerade und die Seiten-Linie und zählt in der ersteren wie das Römische Recht, in der letzteren hingegen bloß die Zeugungen resp. Geburten auf der längeren Seite[22]. Im heutigen Recht gilt die Römische Berechnungsweise. — Es giebt mehrere Eintheilungen der Verwandtschaft:

a. Die Verwandtschaft in auf- und absteigender Linie (linea superior, ascendens, Ascendenten; linea inferior, descendens, Descendenten), d. h. zwischen solchen Personen, welche von einander abstammen, im Gegensatz zur Verwandtschaft in der Seitenlinie, d. h. zwischen solchen Personen, welche gemeinschaftlich von einem Dritten abstammen (linea transversa, obliqua, Seitenverwandte, Collateralen[23]). Die Seitenverwandten können vollblütig sein (Geschwister dieser Art heißen germani, consanguinei[24], bei den Neueren bloß germani) oder halbbürtig (Geschwister von Vaters Seite heißen consanguinei, von Mutters Seite uterini). Unter gewissen Seitenverwandten besteht der sog. respectus parentelae[25], d. h. das Verhältniß eines Descendenten zu den Geschwistern seiner Ascendenten z. B. des Neffen zum Oheim.

b. Einfache und mehrfache Verwandtschaft; letztere besteht z. B. wenn zwei Brüder zwei Schwestern heirathen, zwischen den Kindern aus diesen Ehen.

II. Die rein juristische Verwandtschaft (legitima, civilis cognatio; agnatio) bezieht sich auf die durch die väterliche Gewalt (im früheren Recht auch auf die durch Manus) verbundenen Menschen[26]; sie hat die Gemeinschaft des Hauses (familia, civile Familie) zur Grundlage; es bildet nämlich der Hausvater mit allen seiner Gewalt unterworfenen Personen eine Familie im engeren Sinne (familia proprio iure); nach dem Wegfall des Hausvaters (z. B. durch Tod) bilden die bisherigen Hauskinder nebst den nach dem Wegfall des Hausvaters geborenen (posthumi) eine Familie im weiteren Sinne (familia communi iure, fam. agnatorum[27]). — Agnation und Cognation können miteinander verbunden sein (so bei den in echter Ehe gezeugten Kindern), sie können aber auch jede für sich bestehen (so die Agnation zwischen dem Arrogator und Arrogatus, § 365, ferner die Cognation zwischen dem Vater und dem emancipirten Kinde, § 367[28]). — Aus der bisherigen Darstellung ergiebt sich die Unrichtigkeit der Legaldefinition; sunt agnati, qui per virilis sexus personas cognatione iuncti sunt, quasi a patre cognati[29].

Die beiden dargestellten Verwandtschaftsarten haben erst im Justiniani-

---

[21] § 7. I. de grad. 3, 6; l. 10. §§ 9. 10. D. eod. 38, 10. — [22] c. 2. C. 35. qu. 22; c. 9. X. de consang. 1, 14. — [23] l. 1. pr. l. 9. D. de grad. 38, 10; pr. I. eod. 3, 6. — [24] § 1. I. de leg. agn. succ. 3, 2. — [25] § 5. I. de nupt. 1, 10. — [26] l. 4. § 2. D. de grad. 38, 10. — [27] l. 195. § 2. D. de v. s. 50, 16. — [28] l. 4. § 2. D. de grad. 38, 10; l. 23. D. de adopt. 1, 7. — [39] l. 7. D. de leg. tut. 26, 4; § 1. I. de leg. agn. tut. 1, 45; § 1. I. de leg. agn. succ. 3, 2.

schen Recht die gleiche Kraft erhalten; namentlich ist mit ihnen erst seit Justinian ein gleiches Erbrecht und eine gleiche Pflicht zur Vormundschaft verbunden. Im alten Civilrecht hatte die bloße Cognation keine juristischen Folgen: diese sind ihr erst durch Gesetze der späteren Republik, durch das prätorische Edict und durch Gesetze der Kaiserzeit, namentlich durch Gesetze Justinians, beigelegt worden. Bald erhielten die Cognaten sogar solche Rechte, welche die Agnaten bisher nicht gehabt hatten (sie wurden z. B. von der lex Cincia und von der lex Furia testamentaria ausgenommen, §§ 69. 446); diese standen dann auch den Agnaten zu, denn es gilt die Regel: cognationem facit etiam adoptio; qui est agnatus, et cognatus est[30].

5) § 24. Das Bürgerrecht und der Wohnsitz.

t. D. L, 1: ad municipalem et de incolis — t. C. X, 38: de municipibus et originariis. — t. C. X, 39: de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, et his qui studiorum causa in aliena civitate degunt. — Savigny, §§ 350 fg. Vangerow, § 41.

I. Römisches Recht. Italien zerfiel in eine Anzahl von Stadtgebieten (civitates, respublicae), d. h. in eine Anzahl Städte, mit welchen die herumliegende Landschaft in administrativer Beziehung verbunden war; dasselbe war zur Zeit der classischen Juristen regelmäßig in den Provinzen der Fall, so daß alle Angehörige des Reichs regelmäßig auch Angehörige einer städtischen Gemeinde (municipes) waren.

1. Die Angehörigkeit an die Stadtgemeinde wurde begründet:

a. Durch origo d. h. durch das Bürgerrecht in der Stadtgemeinde. Dieses wurde erworben durch eheliche Zeugung von einem Bürger oder außereheliche Geburt von einer Bürgerin (nativitas[1]), durch Adoption Seitens eines Bürgers[2], durch Aufnahme (allectio[3]), durch Freilassung eines Sklaven von einem Bürger (manumissio[4]). Möglich war es, daß Jemand in mehreren Städten Bürger war, oder auch in gar keiner z. B. der libertus dediticius[5].

b. Durch domicilium; der Wohnsitz ist der Ort, welchen Jemand zum Mittelpunkt seiner Thätigkeit und seiner Verhältnisse macht, wenngleich er sich nicht an diesem Ort fortdauernd aufhält[6]. Stadtangehörige durch Wohnsitz heißen incolae[7]. Der Wohnsitz kann ein freigewählter sein (sog. domicilium voluntarium[8]) und es gilt der Grundsatz, daß Niemand durch Privatverfügung eines Dritten zur Wahl eines bestimmten Wohnsitzes genöthigt werden kann[9]. Er kann aber auch durch Rechtsvorschrift bestimmt sein (sog. domicilium necessarium); so bei Soldaten, Beamten, Ehefrauen,

---

[30] l. 1. § 4. D. unde cogn. 38, 8; l. 23. D. de ad. 1, 7; l. 10. § 4. D. de grad. 38, 10.

[1] l. 1. § 2. l. 6. § 1. l. 9. D. h. t. 50, 1; l. 3. C. h. t. 10, 38. — [2] l. 15. § 3. l. 16. l. 17. § 9. D. h. t. 50, 1. — [3] l. 7. C. h. t. 10, 39. — [4] l. 6. § 3. l. 7. l. 22. pr. l. 27. pr. l. 37. § 1. D. h. t. 50, 1; l. 3. § 8. D. de mun. 50, 4. — [5] Ulp. fr. 20, 14. — [6] l. 203. D. de v. s. 50, 16; l. 7. C. h. t. 10, 39. — [7] l. 5. l. 20. D. h. t. 50, 1; l. 239. § 2. D. de v. s. 50, 16. — [8] l. 20. D. h. t. 50, 1. — [9] l. 71. § 2. D. de cond. et dem. 35, 1.

Hauskindern[10]. Die Aufhebung des Wohnsitzes geschieht bald durch freie Willkür[11], bald durch Rechtsvorschrift. Möglich ist, daß Jemand mehrere Wohnsitze hat[12], oder auch gar keinen[13] wie der Vagabund.

2. Die Angehörigkeit an die Stadtgemeinde hatte zur Folge:

a. die Verpflichtung zu städtischen Lasten (munera[14]), sowohl zu den munera personalia, bei welchen persönliche Mühe überwog, als zu den munera patrimonii, mit denen Ausgaben verknüpft waren; doch gab es manche Befreiungsgründe (vacatio, excusatio, immunitas[15]);

b. den Gehorsam gegen die Stadtobrigkeit, insbesondere den Gerichtsstand[16] (forum originis und domicilii, von denen aber das letztere bei Weitem gebräuchlicher war[17]);

c. die Unterwerfung unter das Recht der Stadt, so daß der Angehörige einer Stadt nach deren Recht (lex originis, lex domicilii) beurtheilt wurde[18].

II. Heutiges Recht. Die Eintheilung in Stadtgebiete ist in Deutschland weggefallen, denn Stadt und Land bilden heut selbständige Corporationen. Ferner ist die Lehre vom Bürgerrecht geändert. Dagegen ist die Lehre vom Wohnsitz stehen geblieben, nur mit der Modification, daß darunter die Angehörigkeit an einen bestimmten Ort (nicht Stadtgebiet) zu verstehen ist; er ist noch heute bezüglich vieler Lasten, bezüglich des Gerichtsstandes, bezüglich der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse einer Person von Wichtigkeit.

IV. § 25. Die Rechtsfähigkeit der natürlichen Person.

(Lehre von Caput und capitis deminutio).

Savigny, §§ 63—75. Beilage Nr. 6. — Vangerow, § 34.

Heutzutage hat jeder Mensch in der Regel die volle Rechtsfähigkeit. Anders nach Römischem Recht, welches folgende Grundsätze aufstellt:

Die Menschen haben eine gewisse Stellung, welche ihnen die Rechtsordnung zuweist[1] (status[2]), eben deshalb sind sie Personen[3]; nur die Sklaven sind keine Personen und haben keinen Status[4]. Der Status der einzelnen Menschen ist von verschiedenem Inhalt, er richtet sich nach der Nation, zu welcher der Einzelne gehört; der Status des Römers besteht darin, daß ihm die volle Rechtsfähigkeit (caput) zukommt. Das Caput ist die einem Römischen Bürger zustehende volle

---

[10] l. 3. l. 4. l. 6. § 1. l. 17. § 11. l. 22. § 1. l. 23. § 1. l. 38. § 3. D. h. t. 50, 1; l. 5. D. de r. n. 23, 2; l. 65. D. de jud. 5, 1. — [11] l. 20. D. h. t. 50, 1. — [12] l. 5. l. 6. § 2. l. 27. § 2. D. h. t. 50, 1. — [13] l. 27. § 2. D. h. t. 50, 1. — [14] l. 239. § 3. D. de v. s. 50, 16; l. 6. §§ 3—5. l. 18. §§ 18—28. l. 14. § 1. D. de mun. 50, 4; l. 22. § 2. l. 29. D. h. t. 50, 1; l. 1. C. h. t. 10, 38; l. 4. l. 6. C. h. t. 10, 39. — [15] t. D. 50, 5: de vacatione et excusatione munerum. 50, 6: de jure immunitatis tt. C. 10, 44—64. — [16] l. 29. D. h. t. 50, 1. — [17] l. 19. § 4. D. de jud. 5, 1; l. 29. § 4. D. de inoff. 5, 2; l. 1. l. 2. D. de reb. auct. jud. 42, 5; l. 2. C. de jurisd. 3, 10; l. 1. C. ubi. res. her. 3, 20; l. 4. C. ubi. caussa 3, 22. — [18] Gai. 3, 120.

[1] l. 2. D. de st. hom. 1, 5. — [2] t. D. 1, 5; de statu hominum. — [3] Uebrigens wird das Wort status oft auch untechnisch in verschiedener Bedeutung gebraucht, vgl. l. 2. D. ubi. pup. 27, 2; l. 32. § 1. D. de pec. 15, 1; l. 5. §§ 1. 2. D. de extr. cogn. 50, 13. — [4] l. 3. § 1. l. 4. D. de cap. min. 4, 5.

Rechtsfähigkeit; dieselbe läßt sich in drei Bestandtheile zerlegen [5]: die Freiheit, das Bürgerrecht, die Zugehörigkeit zu einer der civilen Familien, welche den ganzen Staat erfüllen (§ 23 unter II.), sei es als ihr Haupt (paterfamilias, materfam., homo sui iuris), sei es als ihr Glied (filius-, filiafamilias, nepos familias u. s. w., homo alieni iuris, alieno iuri subiectus, Hauskind). Als Freier hat der Römer vor den Bürgern anderer Staaten keinen Vorzug. Als römischer Bürger hat er die öffentlichen Rechte im römischen Staat (ius honorum et suffragii), sowie die Fähigkeit zu den civilen Privatrechten (ius commercii et connubii) z. B. zu dem quiritarischen Eigenthum, zu iustae nuptiae. Als Familienhaupt ist er der Inhaber des Vermögens, nicht bloß desjenigen, welches er selbst, sondern auch desjenigen, welches seine Familienglieder erwerben (was aber in der Kaiserzeit bedeutend eingeschränkt wurde, § 354); mit seinem Tode geht, wenn er kein Testament gemacht, das Vermögen ipso iure auf diejenigen Familienglieder über, welche unmittelbar in seiner Gewalt stehen (§ 407), so daß diese jeder das Haupt einer engeren Familie werden, zugleich aber zusammen die weitere Familie (fam. agnatorum) bilden. — Weil nun der Römer die drei Bestandtheile der Rechtsfähigkeit hat, so hat er ein caput; der Status des Römers besteht im Haben des Caput; verliert oder verändert er einen der drei Bestandtheile des Caput, so erleidet er eine capitis deminutio (diminutio, minutio [6]), und zwar heißt dieselbe maxima, wenn er die Freiheit verliert (folgeweise auch Bürgerrecht und Familia), media, wenn er das Bürgerrecht verliert (folgeweise auch Familia), minima, wenn er aus der bestimmten civilen Familie, welcher er bisher angehörte, heraustritt [7]. Die cap. dem. maxima und media heißen zusammen auch maior, magna.

I. Die c. d. maxima. Die Ereignisse, welche die c. d. maxima herbeiführen, sind in den verschiedenen Perioden verschieden; nach Justinianischem Recht ist es die Kriegsgefangenschaft, die Begehung gewisser Verbrechen (servitus poenae), die Undankbarkeit des Freigelassenen gegen den Patron (revocatio in servitutem propter ingratitudinem), die Zustimmung eines wenigstens zwanzigjährigen Freien zum betrügerischen Verkauf seiner Person [8]. Ihre Wirkung auf das Vermögen des Capite Minutus ist: alle Activa (außer den höchstpersönlichen, welche untergehen) gehen auf den Herrn des Sklaven über, alle Passiva wenigstens soweit, als die Activa reichen (dies erst nach prätorischem Rechte, während sie nach Civilrecht untergingen [9]); nur das Vermögen eines Gefangenen wurde bis zu seiner Rückkehr oder seinem Tode durch einen Curator (§ 308) administrirt [10] und dann ihm selbst resp. seinen Erben ausgehändigt; bei seiner Rückkehr wurde angenommen, daß er niemals gefangen gewesen sei (ius postliminii [11]), bei seinem Tode in der Gefangenschaft wurde angenommen,

---

[5] l. 11. D. de cap. min. 4, 5. — [6] t. D. 4, 5: de capite minutis; t. I. 1. 16: de capitis deminutione. — [7] l. 11. D. h. t. 4, 5; pr. I. h. t. 1, 16; Gai. 1, 159 sqq.; Ulp. fr. 11, 10. — [8] l. 5. § 1. D. de st. hom. 1, 5; § 3. I. de jure pers. 1, 3; § 1. I. de cap. dem. 1, 16. — [9] l. 2. pr. l. 7. §§ 2. 3. D. h. t. 4, 5; l. 10. pr. § 1. D. de bon. damn. 48, 20. — [10] l. 15. pr. D. ex. qu. c. maj. 4, 6; l. 6. § 4. D. de tut. 26, 1; l. 6. § 2. D. qu. ex. c. in poss. 42, 4. — [11] § 5. I. qu. m. jus. pot. 1, 12; l. 5. § 1. D. de capt. 49, 15.

er habe keine cap. deminutio maxima erlitten, sondern er sei bereits im Augenblicke der Gefangennehmung gestorben (fictio legis Corneliae[12]). — Die c. d. maxima ist heut unmöglich: jeder Mensch hat heut die Freiheit als ein unveräußerliches Gut.

II. Die c. d. media. Die Ereignisse, welche die c. d. media herbeiführen, sind Verbannung (in Form der aqua et igni interdictio und der Deportation) und Auswanderung[13]. Im ersten Falle gehen alle Activa (außer den höchstpersönlichen, welche untergehen) auf den Staat, welcher die Güter des Verbrechers confiscirt, über und der Staat haftet (allerdings erst nach prätorischem Recht) für die Passiva, soweit die Activa reichen[14]. Im zweiten Falle, sowie wenn ein Verbannter im Gnadenwege sein Vermögen behielt[15], geht im Vermögen des Capite minutus nur die Aenderung vor sich, daß es den civilen Charakter verliert, z. B. daß das quiritarische Eigenthum sich in ein Eigenthum ex iure gentium, die echte Ehe sich in eine natürliche verwandelt. — Da die Verbannung und Confiscation dem heutigen Deutschen Strafrecht fremd sind, und da der Ausländer bezüglich der Privatrechte dem Inländer nach dem heutigen Völkerrecht regelmäßig gleichsteht, so ist heut das Bürgerrecht auf die Privatrechte ohne Einfluß, und die c. d. media im Privatrecht ohne Folgen.

III. Die c. d. minima. Die Ereignisse, welche die c. d. minima herbeiführen, sind nach Justinianischem Rechte: a) theils solche, wodurch ein gewaltfreier Römer hausunterthänig wird[16] (Arrogation, Legitimation); b) theils solche, wodurch ein hausunterthäniger Römer durch Rechtsact den Gewalthaber wechselt[17] (so bei den Kindern des Arrogirten u. s. w. sowie bei der sog. adoptio plena); c) theils solche, wodurch ein hausunterthäniger Römer gewaltfrei wird[18] (bei der Emancipation). — Die Wirkung der c. d. minima auf das Vermögen des Capite minutus waren im alten Recht sehr bedeutend:

1. Der Capite minutus tauscht in der Regel anstatt der civilen Familie, welcher er bisher angehörte, eine neue ein (familia mutatur[19]), daher verliert er namentlich das Erbrecht in der ersteren; dieser Verlust des Erbrechts betrifft nach Justinianischem Rechte nur noch denjenigen, welcher einer Familie bloß agnatisch (kraft Annahme an Kindesstatt) angehört, und vom Annehmenden emancipirt oder weiter an Kindesstatt gegeben wird (§ 367).

2. In den oben sub a. aufgezählten Fällen der Arrogation und Legitimation gehen die Activa des Capite minutus (außer den höchstpersönlichen Rechten, worüber unten sub 4.) auf den Gewalthaber über[20]; auch dieses gilt im Justinianischen Rechte nicht mehr: der Gewalthaber erwirbt am Vermögen des Capite minutus nur noch den Nießbrauch[21].

---

[12] l. 1. § 1. l. 18. pr. D. ad. l. falc. 35, 2; l. 15. pr. D. de usurp. 41, 3; l. 12. D. qui test. fac. 28, 1. — [13] § 2. I. h. t. 1, 6; Gai. 3, 56; 1, 11. — [14] Vgl. die Stellen der N. 3. — [15] l. 21. D. de v. s. 50, 16; l. 14. § 3. D. de int. et rel. 48, 22. — [16] § 3. I. h. t. 1, 16; l. 2. § 2. D. h. t. 4, 5. — [17] l. 3. pr. l. 11. D. h. t. 4, 5; l. 10. C. de ad. 8, 48. — [18] § 3. I. h. t. 1, 16; l. 3. § 1. D. h. t. 4, 5. — [19] l. 3. pr. l. 7. pr. l. 11. D. h. t. 4, 5; cf. § 3. I. eod. 1, 16; Ulp. fr. 11, 13. — [20] Gai. 3, 83; §. 1. I. de acq. per arr. 3, 10. — [21] § 2. I. de acq. per arr. 3, 10.

3. Der Capite minutus wird von seinen Schulden (außer den Delictsschulden) frei[22]; allein sie bleiben als Naturalobligationen bestehen[23], und nach prätorischem Recht kann der Capite minutus sogar mit Klage belangt werden, wie wenn keine Capitis minutio stattgefunden hätte (die Gläubiger werden in integrum restituirt[24], § 104); zugleich haftet der etwaige neue Gewalthaber des Capite minutus nach prätorischem Recht soweit, als die ihm zugebrachten Activa reichen[25].

4. Die Societät, in welcher der Capite minutus stand; wird aufgelöst; die Personalservitut des Ususfructus und Usus geht unter; beides ist von Justinian aufgehoben worden[26].

So sind denn die Wirkungen der c. d. minima im Justinianischen Recht sehr gering, allein völlig sind sie nicht geschwunden (1. 2.) und deshalb ist die c. d. minima noch heut ein praktischer, wenngleich wenig bedeutsamer Rechtsbegriff.

§ 26. Abweichende Meinungen.

Die in § 25 dargestellten Grundsätze sind im Allgemeinen anerkannt; streitig ist der Begriff des status und der c. d. minima.

1. Abweichende Meinungen über status. Frühere Juristen verstanden unter status alle persönlichen Eigenschaften, welche die Rechts- und Handlungsfähigkeit eines Menschen bestimmen; sie unterschieden status naturales und civiles; zu jenen rechneten sie den st. humanitatis (der menschlichen Form), nativitatis (der Trennung vom Mutterleibe), sexus, aetatis, integritatis; zu diesen den st. libertatis, ingenuitatis, libertinatis, civitatis, existimationis (der Ehre), ordinis (des Standes), familiae. Man ist heut einig, daß diese Auffassung in sich unhaltbar und quellenwidrig ist. Die jetzt herrschende Meinung erklärt den status im Allgemeinen als die Stellung des einzelnen Menschen, welche ihm die Rechtsordnung zuweist (wie es in § 25 geschah), allein sie stellt neben dem Status im Allgemeinen noch drei besondere Status auf, welche sie als drei Stufen der Rechtsfähigkeit erklärt: den st. libertatis, wonach alle Menschen in Freie und Sklaven zerfallen, den st. civitatis, wonach sie in Bürger und Peregrinen zerfallen, und den st. familiae, wonach sie in Familienhäupter und Hauskinder zerfallen; diese drei Stufen der Rechtsfähigkeit leitet sie aus den drei gesellschaftlichen Verbindungen der freien Menschen, der römischen Bürger, der Agnatenfamilie ab; scheidet Jemand aus einer dieser Verbindungen aus, so erleidet er eine capitis deminutio. — Eine andere Meinung erklärt neben dem allgemeinen Status alle staatsrechtlichen und familienrechtlichen Verhältnisse eines Menschen als besondere Status; so die Freiheit und Civität (staatsrechtliche Status), Ehe, väterliche Gewalt, Verwandtschaft, Manus, Servitus, Patronat, Mancipium, Tutela, Cura (privatrechtliche Status). — Beide Meinungen sind quellenwidrig; nirgends ist in diesen von einem status libertatis u. s. w. die Rede.

---

[22] Gai. 3, 84. 4, 38; l. 2. § 3. D. h. t. 4, 5. — [23] l. 2. § 2. D. h. t. 4, 5. — [24] l. 2. §. 1. D. h. t. 4, 5. — [25] Gai. 3, 84; §. 3. I. de acq. per arr. 3, 10. — [26] Gai. 3, 153; l. 63. § 10. D. pro soc. 17, 2; Gai. 3, 83; l. 1. pr. D. qu. m. ususfr. 7, 4; l. 16. de ususfr. 3, 33; § 1. I. de acq. per arr. 3, 10.

2. Abweichende Meinung über capitis deminutio minima. Nach einigen Juristen erfolgt dieselbe nicht bei jedem Austreten eines Römers aus seiner bisherigen civilen Familie, sondern nur dann, wenn der Austretende zugleich eine Degradation erleidet. Danach müßte zwar der Arrogatus eine c. d. minima erleiden, nicht aber seine Hauskinder (was direct gegen die Quellen ist [1]). Ferner erleidet danach der Emancipatus und Adoptatus nur deshalb eine c. d. minima, weil er gemäß der alten Emancipations- und Adoptionsform verkauft wurde, es hätte also, als diese Form geschwunden war (§§ 364. 366), die c. d. minima in diesen Fällen nicht mehr eintreten können; allein sie tritt hier dennoch im Justinianischen Recht wie im classischen ein [2]. Ueberdies wird in mehreren Quellenzeugnissen [3] die c. d. minima ausdrücklich als familiae mutatio bezeichnet, ohne daß des angeblichen Erfordernisses der Degradation gedacht wird.

V. § 27. Einfluß der Ehre auf die Rechtsfähigkeit.

(Lehre von den Ehrenminderungen.)

Marezoll, über die bürgerliche Ehre. 1824. — Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 1878. S. 88—91. — Savigny, §§ 76—83. Beilage 7. — Vangerow, §§ 46—52.

Die Rechtsfähigkeit der natürlichen Person wird einigermaßen von ihrer Ehre beeinflußt. Es entspringt aber die Ehre aus der Uebereinstimmung der Gesinnung und des Handelns einer Person (Sklaven haben keine Ehre, weil sie keine Personen sind [1]) mit ihrer Pflicht, und sie besteht in der Anerkennung dieser Uebereinstimmung Seitens der Mitmenschen. Diese Anerkennung schafft der Person eine gewisse Würde (deren Verletzung als Injurie geahndet wird), und daher lautet die Legaldefinition [2]: existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. Diese Legaldefinition besagt zugleich, daß die Ehre verloren und vermindert werden kann.

A. Ehrverlust (existimatio consumitur). Er tritt bei jeder capitis deminutio maxima ein sowie bei derjenigen media, welche die Folge von Verbrechen ist [3]. Diese Bestimmungen des Römischen Rechts sind heut nicht mehr giltig.

B. Ehrenminderung (existimatio minuitur). Es giebt im Justinianischen Rechte mehrere Arten derselben:

I. Die Intestabilität. In gewissen Strafgesetzen der republicanischen Zeit wurde der Verbrecher mit der Unfähigkeit, bei einem Rechtsgeschäft Zeugniß zu leisten und sich leisten zu lassen belegt; er war namentlich unfähig ein Testament zu machen, darin bedacht und dazu als Zeuge zugezogen zu werden [4]. Im Justinianischen Recht ist nur ein un-

---

[1] l. 3 pr. D. de c. m. 4, 5. — [2] l. 3. § 1. l. 8. l. 9. D. de c. m. 4. 5; § 3. I. eod. 1, 16. — [3] l. 3. pr. l. 7. pr. l. 11. D. de c. m. 4, 5; cf. § 3. I. eod. 1, 16; Ulp. fr. 11, 13.

[1] § 3. I. de injuriis 4, 4; l. 15. § 34. D. de inj. 47, 10. — [2] l. 5. § 1. D. de extr. cogn. 50, 13. — [3] l. 5. § 3. D. de extr. cogn. 50, 13. — [4] l. 18. § 1. l. 26. D. qui test. fac. post. 28, 1; Theoph. zu § 6. I. de test. ord. 2, 10.

bedeutender Rest dieser im alten Recht öfter angewandten Strafe geblieben: die Bestrafung wegen Pasquills zieht Intestabilität nach sich[5]. Dem heutigen Strafrecht ist auch dieser Fall fremd.

II. Die Infamie[6], bei den Neueren infamia iuris, Ehrlosigkeit genannt.

1. Entstehung. Das prätorische Edict[7], gestützt auf älteres Gewohnheits- und gesetzliches Recht, und andere Rechtsquellen der Kaiserzeit verordnen die Infamie:

a. bei der schimpflichen Entlassung eines Soldaten[8];

b. bei der Verurtheilung in einem iudicium publicum[9] d. h. wegen eines Verbrechens, dessen Untersuchung durch die Comitialgesetze unter Sulla, Pompejus, Cäsar, Octavian (leges iudiciorum publicorum) angeordnet war[10]; war das Verbrechen der Hochverrath, so traf die Infamie auch die Söhne des Hochverräthers[11].

c. bei der Verurtheilung wegen gewisser Privatdelicte[12] (sei es in Folge einer Privatklage, sei es in Folge einer Untersuchung als crimen extraordinarium[13]), sowie bei der Abfindung des Delinquenten mit dem Verletzten. Die hieher gehörigen Privatdelicte sind: furtum, rapina, iniuria, dolus, sepulcri violatio.

d. bei der Verurtheilung aus gewissen Obligationen: in Folge der actio directa tutelae, mandati, pro socio, depositi[14], früher auch fiduciae, sowie wenn das Concursverfahren bis zu einem gewissen Punkte (nämlich bis zum Ablauf von dreißig Tagen nach der missio in possessionem) vorgeschritten war[15].

e. bei der Absetzung eines Vormundes wegen Dolus[16].

f. bei gewissen Vergehungen gegen die Ehegesetze: vorzeitige Heirath (was das Canonische Recht aufgehoben hat, § 351), Doppelehe[17], doppeltes Verlöbniß[18], Ehe des Vormunds oder seines Sohnes mit der Mündelin vor abgelegter Rechnung[19], Ergreifung einer Ehefrau im Ehebruch[20].

g. Unsittliche Gewerbe: Hurerei der Weiber (corpore quaestum facere)[21], muliebria pati eines Mannes[22], gewerbmäßige Kuppelei[23].

h. Gewisse anrüchige Gewerbe: Schauspieler und Thierkämpfer[24].

i. Vermischte Fälle: Zinswucher[25], Bruch eines beschworenen Vergleichs oder Nachlaßvertrags Seitens eines Großjährigen[26], Fallenlassen

---

[5] l. 21. pr. D. de test. 22, 5; l. 5. § 9. D. de inj. 47, 10. — [6] t. D. 3, 2: de his qui notantur infamia; t. C. 2, 12: ex quibus causis infamia irrogatur; 10, 57: de infamibus. — [7] l. 1. D. h. t. 3, 2. — [8] l. 1. pr. l. 2. pr. §§ 1—4. D. h. t. 3, 2. — [9] l. 7. D. de publ. jud. 48, 1; l. 56. D. pro soc. 17, 2. — [10] l. 1. D. de publ. jud. 48, 1. — [11] l 5. § 1. C. ad l. Jul. majest. 9, 8. — [12] l. 1. l. 4. § 5. D. h. t. 3, 2. l. 1. § 4. D. de d. m. 4, 3. l. 5. l. 8. C. h. t. 2, 12; l. 11. D. de sep. 47, 12. — [13] l. 7. D. de publ. jud. 48, 1; l. 1. D. de sep. 47, 12; l. 12. C. h. t. 2, 12. — [14] l. 1. D. h. t. 3, 2. — [15] l. 11. C. h. t. 2, 12; l. 8. C. qui bon. ced. poss. 7, 11. — [16] l. 3. § 18. D. de susp. tut. — [17] l. 18. C. ad. l. Jul. de ad. 9, 9; l. 1. pr. D. h. t. 3, 2. — [18] l. 1. pr. D. h. t. 3, 2. — [19] l. 66. pr. D. de r. n. 23, 2; l. 7. C. de int. matr. 5, 6. — [20] l. 43. §§ 12. 13. D. de r. n. 23, 2. — [21] l. 24. D. h. t. 3, 2; l. 43. pr. § 1—5. D. de r. n. 23, 2. — [22] l. 1. § 6. D. de post. 3, 1. — [23] l. 1. l. 4. §§. 2. 3. D. h. t. 3. 2. — [24] l. 1. l. 2. § 5; l. 3; l. 4. pr. § 1. D. h. t. 3, 2; l. 1. § 6. D. de post. 3, 1; l. 21. C. h. t. 2, 12. — [25] l. 20. C. h. t. 2, 12. — [26] l. 41. C. de transact. 2, 4.

einer Criminalanklage ohne Abolition [27], Nichtgestellung auf eine Criminalanklage [28], Amtsvergehen von Richtern [29] und von Advocaten [30], Mißbrauch der Appellation [31], unerlaubte Supplication [32], Anfechtung oder Ausdehnung von kaiserlichen Privilegien [33], ungegründete Delation an Fiscus [34].

k. Durch das Canon. R. [35] ist die Blutschande hinzugekommen; durch Verordnungen der Kaiser Friedrich I. und II. [36] die Beleidigung, Beraubung, Beschädigung eines Scholaren, sowie Beschädigung und Raub von Ackergeräthschaften; durch Reichsgesetze [37] das Amtsvergehen der Richter und Notare, welche eine von einem Juden an einen Christen geschehene Cession aufnehmen (§ 252) und der muthwillige Banquerott; auch der Meineidige wird in der Carolina [38] mit Infamie belegt.

Die Fälle a—e nennen die Neueren infamia mediata, weil sie ein richterliches Urtheil voraussetzen, die übrigen Fälle inf. immediata.

2. Aufhebung. Die Infamie dauert regelmäßig bis zum Tode des Infamen, sie hört also nicht durch Ablauf der Strafzeit oder durch bloße Begnadigung auf [39]. Aufgehoben wird sie nur durch einen speciellen Restitutionsact (famae restitutio), und zwar jede Art von Infamie durch eine vom Regenten ausgehende Wiederverleihung der Ehrenhaftigkeit, die mittelbare Infamie durch Aufhebung des infamirenden Aktes [40]. Ist Jemand ungerechter Weise mit einer schwereren Strafe belegt, so gilt die Infamie als erlassen [41].

3. Wirkungen. Der Infame verliert die öffentlichen Rechte des Bürgers (ius honorum et suffragii) [42], nach der Notariatsordnung von 1512 [43] ist er zum Notariat unfähig, nach Deutschem Gewohnheitsrecht auch zur Theilnahme an Zünften und Börsen. — Der Infame verliert nach dem prätor. Edict [44] das Recht, für Andere, außer für nahe Angehörige, zu postuliren d. h. Anträge vor Gericht zu stellen; deshalb kann er nicht als Stellvertreter eines Anderen einen Prozeß führen [45], noch eine Popularklage anstellen [46]; auch seine eigenen Prozesse kann er nicht durch einen Stellvertreter führen lassen [47]. — Hat Jemand einen Infamen zum Erben eingesetzt, und seinen Geschwistern nicht einmal den Pflichttheil hinterlassen, so kann das Testament von den letzteren angefochten werden (mit der querela inofficiosi testamenti [48], § 415). — Justinian erklärte

---

[27] l. 6. § 3. D. de decur. 50, 2; l. 1. C. ut intra cert. t. 9, 44; l. 2. C. ad sct. Turp. 9, 45. — [28] l. 3. C. de req. reis 9, 40. — [29] l. 2. C. de poen. jud. 7, 49; l. 1. C. cust. reor. 9, 4; l. 8. § 2. C. ad l. Jul. maj. 9, 8. — [30] l. 6. § 1. C. de post. 2, 6. — [31] l. 19. C. de app. 7, 62. — [32] l. 3. C. ut lite pend. 1, 21; l. 5. § 2. C. ad. l. Jul. maj. 9, 8. — [33] l. 2. C. de leg. 1, 14. — [34] l. 18. § 7; l. 2. pr. D. de j. f. 49, 14. — [35] c. 4. C. 3. qu. 4; c. 2. C. 35. qu. 2. 3. — [36] Auth. Habita zu l. 5. C. ne fil. pro patre 4, 13; Auth. Agricultores zu l. 8. C. quae res pign. 8, 17. — [37] R. A. v. 1551. § 80; R. P. O. v. 1577. Tit. 23. § 2; R. A. v. 1670. § 10. — [38] Art. 107. — [39] l. 3. C. de gen. abol. 9, 43. — [40] l. 1. § 10. D. de post. 3, 1. — [41] l. 13. § 7. D. h. t. 3, 2; l. 10. § 2. D. de poen. 48, 19; l. 4. C. h. t. 2, 12. — [42] l. 2. l. 12. C. de dign. 12, 1. — [43] Tit. 1. § 2. — [44] l. 1. §§ 5. 7. 8. D. de post. 3, 1; §§ 11. I. de exc. 4, 13; c. 1. c. 2. C. 3. qu. 7. — [45] Paul. sent. rec. l. 2. §§ 1. 3; Vat. fr. 322—324; l. 1. § 5. — 11. l. 2. l. 3. pr. l. 9. D. de post. 3, 1. — [46] l. 4. D. de pop. act. 47, 23. — [47] § 11. I. de exc. 4, 13. — [48] l. 27. C. de inoff. test. 3, 28.

nur Leute von unzweifelhaftem gutem Ruf für zeugnißfähig [49], sprach also den Infamen die Zeugnißfähigkeit ab. —

4. Heutiges Recht. Bis in unser Jahrhundert hinein war die Infamie als ein geltender Rechtsbegriff anerkannt, (wie sie denn auch im Canonischen Recht [50] und in Deutschen Reichsgesetzen [51] mehrfach erwähnt wird); nur war sie in der Praxis sehr eingeschränkt worden: die sog. inf. immediata war in der Praxis gänzlich, und von der sog. inf. mediata waren die Fälle in Folge der Verurtheilung in einer Civilklage (oben 1. d.) aufgegeben worden, so daß die Infamie nur noch als Folge der obengedachten abgeurtheilten Verbrechen bestehen blieb. In unserem Jahrhundert aber wollen sehr viele Schriftsteller die Infamie selbst in jenem beschränkten Umfange nicht anerkennen, weil gewisse Wirkungen (wie die Unfähigkeit zu Würden und Aemtern und dgl. mehr, zum Postuliren) Institutionen des öffentlichen Rechts berühren und daher von den Römischen Rechtsvorschriften unabhängig sind, ferner weil andere Wirkungen (Anfechtbarkeit des Testaments, Zeugnißunfähigkeit) die Infamen nicht als solche, sondern alle Uebelbeleumdete treffen. In eine neue Phase ist diese Streitfrage durch das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 getreten; es sind daselbst in den §§ 31 sqq. neue Ehrenstrafen eingeführt, welche die öffentlichen Rechte des Bestraften zerstören oder schmälern, auf seine privatrechtliche Stellung aber in der Regel keinen Einfluß äußern. Daraus folgt, daß die Römischen Vorschriften über die Infamie beseitigt sind.

III. Sog. infamia facti. Neben der Infamie giebt es gewisse Fälle, in denen das sittliche Urtheil der Menschen (die öffentliche Meinung) bald wegen einer schlechten Handlung (namentlich wegen eines Verbrechens, dessen Strafe der Thäter aus zufälligen Gründen entgangen ist [53]), bald wegen eines schlechten Lebenswandels (namentlich wegen Verschwendung [54]) Jemandem die volle Ehrenhaftigkeit abspricht. Die Ehrenminderung dieser Art nennen die Quellen [55] turpitudo, gravata s. onerata apud bonos opinio, facti infamia, die Neueren inf. facti. Personen dieser Art werden nach R. R. hinsichtlich der Unfähigkeit zu Aemtern und Würden, ferner hinsichtlich der Anfechtbarkeit eines Testaments, worin sie der Erblasser seinen Geschwistern vorgezogen hat, endlich hinsichtlich der Unfähigkeit zum Zeugniß den Infamen gleichbehandelt [56]; außerdem soll der Richter überall, wo es auf Würdigung der Person ankommt, (z. B. bei Uebertragung einer Vormundschaft, bei Anstellung einer ehrenrührigen Klage gegen ehrenhafte Personen, bei Bestimmung des Aufenthalts der Kinder während der Dauer des int. de liberis ducendis) die Unsittlichen zurücksetzen [57]. — Den Unsittlichen gleich behandeln die Römer [58] Leute, welche

---

[49] Nov. 90. c. 1; cf. l. 18. C. de testibus 4, 20. — [50] Vgl. die Citate in N. 35. — [51] Vgl. die Citate in N. 36—38. und 43. — [52] l. 42. D. de v. s. 50, 16. — [53] l. 2. pr. D. de obseq. 37, 15; l. 8. l. 9. D. de acc. 48, 2; l. 25. C. ad l. Jul. de ad. 9, 9; l. 17. b. 19. C. ex. qu. c. inf. 2, 12. — [54] l. 11. § 1. D. de dolo malo 4, 3. — [55] l. 2. C. de dign. 12, 1; l. 27. C. de inoff. test. 3, 28. — [56] l. 2. D. de senat. 1, 9; l. 2. C. de dign. 12, 1; l. 27. C. de inoff. test. 3, 28; l. 3. pr. D. de test. 22, 5. — [57] l. 17. § 1. D. de test. hit. 26, 2; l. 11. § 1. D. de dolo malo 9, 3; l. 3. § 4. D. de exh. lib. 43, 30. — [58] l. C. de dign. 12, 1; Nov. 90. c. 1: l. 27. C. de inoff. test. 3, 28; l. 11. § 1. D. de dolo malo 4, 3.

gewisse verachtete Gewerbe treiben: Hausirer, Polizeispione (stationarii) und dgl.; sie heißen viles, viliores, abiectae personae; sie sind mit einer levis notae macula behaftet. Man unterscheidet von ihnen die humiles, humiliores, d. h. Leute aus niederem Stande, welche insofern zurückgesetzt waren, als sie gegen Vornehme keine ehrenrührige Klage anstellen durften [59]. Man ist darüber einig, daß heut die Römischen Grundsätze über die viles und humiles nicht mehr in Kraft sind; aber auch diejenigen über die turpes können seit dem Erlaß des deutschen Strafgesetzbuchs von 1871 (oben S. 50) nicht mehr als geltend erachtet werden; doch ist dies keineswegs auf allen Seiten anerkannt.

VI. § 28. Einfluß der Religion auf die Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen.

Savigny, § 84. — Vangerow, § 40.

Während des Heidenthums begründete die Religion keine Verschiedenheit in der rechtlichen Stellung: zwar mußte jeder Bürger sich zur Staatsreligion bekennen (denn wie im ganzen Alterthum, so ist auch in Rom die Religion Staatssache [1]), aber bei unterworfenen Völkern duldete man den abweichenden Glauben, sofern er nicht staatsgefährlich war [2], weil mit der Aufhebung des fremden Staatswesens die fremde Religion ihre nationale Bedeutung verloren hatte; unter den Kaisern wurde der nicht staatsgefährliche Glaube auch den Bürgern freigegeben. [3] Als das Christenthum Staatsreligion wurde, ward zwar Niemand seines Glaubens wegen von der Civität ausgeschlossen, allein allmählich wurden bedeutende rechtliche Verschiedenheiten an den Glauben geknüpft. Das Justinianische Recht ist folgendes:

1. Geborne Heiden und Juden werden nicht verfolgt [4], allein sie können keine Aemter und Würden bekleiden [5] außer dem Decurionat [6] (dem mit Aufwand von Zeit und Vermögen und mit großer Verantwortlichkeit verknüpften, daher von Allen gemiedenen Stande der Stadträthe); sie dürfen keine christlichen Sklaven halten [7]; die Juden dürfen keine Ehe mit Christen eingehen [8], und kein Zeugniß gegen Rechtgläubige ablegen; Heiden sind gänzlich zeugnißunfähig [9].

2. Apostaten, d. h. Personen, welche vom Christenthum zum Heidenthum oder Judenthum abgefallen sind, trifft noch die Unfähigkeit zu testiren und zu erben sowie unter Lebenden zu veräußern [10], unter Umständen (z. B. wenn ein Geistlicher abgefallen ist) auch öffentliche Strafe [11].

3. Ketzer sind von Aemtern und Würden außer dem Decurionat ausgeschlossen [12]; sie können Niemanden beerben noch Vermächtnisse erhalten; sie dürfen nur Rechtgläubigen etwas vermachen und schenken [13];

[59] l. 11. § 1. D. de dolo malo 4, 3.

[1] Cic. pro Flacco 28. § 69. — [2] l. 15. § 6. D. de exc. 27, 1; l. 3. § 3. D. de dec. 50, 2. — [3] l. 5. §§ 1. 3. D. de jurej. 12, 2; l. 3. § 3. D. de decur. 50, 2. — [4] l. 6. C. de pag. 1, 11. — [5] l. 19. C. de Jud. 1, 9. — [6] Nov. 45 prooem. — [7] l. 1. l. 2. C. ne Christ. manc. 1, 10. — [8] l. 6. C. de Iud. 1, 9. — [9] l. 5. C. de haer. 1, 5. — [10] l. 2. l. 4. C. de apost. 1, 7. — [11] l. 1. l. 6. C. de apost. 1, 7. — [12] l. 3. l. 7. C. de haer. 1, 5; l. 49. C. de decur. 10, 31. — [13] l. 17. l. 18. l. 19. l. 22. C. de haer. 1, 5; Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 8.

gegen Rechtgläubige ist ihr Zeugniß unwirksam[14]; Ketzerinnen haben nicht die privilegia dotis[15] und müssen ihre rechtgläubigen Töchter dotiren[16]. Noch größere Beschränkungen treffen einzelne Secten, namentlich Manichäer und Donatisten[17]; sie sind zu allen Rechtsgeschäften unfähig, ihr Vermögen wird confiscirt.

Die Entwicklung im Mittelalter und in der Neuzeit gehört in die Darstellung des Deutschen Rechts; hier soll bloß das Resultat angegeben werden. Die Bundesacte von 1815 Art. 16 gewährte den christlichen Religionsparteien völlige Gleichheit der politischen und bürgerlichen Rechte; in Ansehung der Juden behielt sie der künftigen Gesetzgebung besondere Bestimmungen vor. Nach dem Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 3. Juli 1869, welches später zum Reichsgesetz erhoben worden ist, sind alle bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte von dem religiösen Bekenntniß unabhängig.

Dritter Titel.

Die juristische Person.

I. § 29. Einleitung.

Salkowski, Bemerk. zur Lehre v. d. jur. Personen. 1868. — Böhlau, Rechtssubject u. Personenrolle. 1871. — Zitelmann, Begriff u. Wesen der sog. jur. Personen. 1873. — Brinz, Lehrbuch der Pand. 1. Aufl. S. 979 ff. 2. Aufl. S. 194 ff.

Wie alles Recht um der Menschen willen da ist, so sind auch die Vermögensrechte nur für die Menschen bestimmt; sie gehören ihnen d. h. der einzelne Mensch waltet über seine Vermögensrechte nach seinem Belieben, richtiger: er bestimmt nach seinem Belieben die Zwecke, welchen seine Vermögensrechte dienen sollen. Allein es giebt Zwecke, welche über den einzelnen Menschen hinausgehen. Bezieht sich der Zweck auf mehrere lebende Menschen, so pflegen diese ihr Vermögen ganz oder zum Theil zur Erreichung des Zwecks gemeinsam (durch Eingehung einer Societät, § 300) zu verwenden. Geht aber der Zweck über bestimmte lebende Menschen hinaus, ergreift er successive Mehrheiten (wie die Bewohner eines Ortes, die Bürger eines Staates, die Mitglieder einer Behörde, einer Zunft, einer Familie) oder gar die ganze Menschheit (der Zweck der Gottesverehrung, der Uebung der Barmherzigkeit, der Verbreitung der Bildung), so kann er nur dann mit Erfolg gepflegt werden, wenn gewisse Güter (Sachen und Rechte) ausschließlich zu seiner dauernden Förderung bestimmt werden. Geschieht dies, d. h. wird eine gewisse Summe von Gütern ausschließlich zur Pflege eines Zweckes bestimmt, so erscheint der Zweck dem Menschen ähnlich, denn es ist ihm von Rechtswegen dieselbe Vermögensfähigkeit beigelegt wie dem einzelnen Menschen; er wird als eine Person fingirt, und daher heißt es von der Institution, in welcher sich der Zweck verkörpert, in den Quellen: personae vice, privatorum loco esse[1]; diese Institution wird als Eigenthümer, Erbe,

---

[14] l. 21. C. de haer. 1, 5. — [15] Nov. 109. c. 1. — [16] l. 19. § 1. C. de haer. 1, 5. — [17] l. 4. l. 5. C. de haeret. 1, 5.

[1] l. 22. D. de fidej. 46, 1; l. 16. D. de v. s. 50, 16.

Gläubiger, Schuldner bezeichnet[2]; die Gemeinde wird eine persona publica, persona coloniae genannt[2a]; die Neueren bedienen sich des Ausdrucks juristische, fingirte Person, früher auch moralische, mystische Person. Die Berechtigung dieses Ausdrucks beruht darauf, daß auch in den Fällen, welche wir hier behandeln, das Vermögen den Zwecken des Menschen dient, nicht aber des Menschen in seiner gewöhnlichen Erscheinung (des einzelnen Menschen, singularis persona[3]), sondern mehrerer resp. aller Menschen, welche sich durch Generationen fortsetzen.

Mehrere Juristen der neuesten Zeit wollen den Begriff der juristischen Person verwerfen und durch den Begriff des Zweckvermögens ersetzen. Sie nehmen bloß Eine Person an (die natürliche), unterscheiden aber zwei Arten von Vermögen: das eine, welches einen Herrn hat, indem es einem Menschen gehört; das andere, welches subjectlos ist, indem es für einen Zweck bestimmt ist. Diese Auffassung ist wohl denkbar und den Thatsachen wohl entsprechend, aber es ist nicht die Römische Auffassung; denn in den Quellen wird der Zweck selbst resp. die Institution, in welcher er sich äußerlich darstellt, als Herr des Vermögens bezeichnet[4]. Auch müßte, um jene Auffassung möglich zu machen, vorher eine Aenderung des Begriffs des subjectiven Rechts und der Schuld (Obligation) erfolgen; so lange jenes als eine Herrschaft, als eine Befugniß (ein Handelndürfen), diese als eine Beschränkung der Freiheit zu handeln aufgefaßt wird, kann nicht davon die Rede sein, daß ein Zweck Rechte und Verbindlichkeiten habe, daß ein Zweck Eigenthümer, Gläubiger, Schuldner sei, es sei denn, daß gleichzeitig der Zweck als juristische Person fingirt wird; so wenig aber eine Aenderung jener Begriffe wünschenswerth ist, so sehr ist das Festhalten an der juristischen Person nützlich.

II. § 30. Begriff und Arten.

Savigny, §§ 85—88. 101—103. — Vangerow, §§ 53. 58. 59.

Die juristische Person ist ein erlaubter bleibender Zweck, welchem kraft Rechtsfiction (zwar nicht die volle Rechtsfähigkeit, aber doch) die Vermögensfähigkeit zukommt. Der Zweck kann verschieden sein: religiöser, sittlicher, gemeinnütziger, gewerblicher Art; demgemäß sind auch die juristischen Personen mannigfaltig; im justinianischen Recht finden sich folgende:

1. Der Staat[1], welcher als ökonomische Persönlichkeit fiscus, aerarium heißt. In der Republik bestand nur der letztere Name (aerarium populi Romani); unter August wurde ein aerar. militare zur Verpflegung oder zur Belohnung der Soldaten eingerichtet; neben beiden entstand der fiscus Caesaris als der Inbegriff des dem Kaiser zustehenden Privatvermögens; als allmählich alle drei Cassen in die gleiche Verwaltung des Kaisers geriethen, schmolzen sie eine Zeit lang zusammen, und seitdem

---

[2] l. 7. § 1. l. 4. D. quod. cuj. univ. 3, 4; l. 49. § 4. D. de episc. 1, 3. — [2a] Bei den Agrimensoren, vgl. die Röm. Feldmesser in der Lachmannschen Ausgabe p. 16. 54. — [3] l. 9. § 1. D. quod met. 4, 2. — [4] S. die Stellen der Noten 1. 2. 3.

[1] t. D. 49, 14; C. 10, 1: de jure fisci.

wird der Ausdruck fiscus und aerarium abwechselnd zur Bezeichnung des Staatsvermögens gebraucht[2], und davon das kaiserliche Privatvermögen als res privata principis, ratio Caesaris et Augustae, res divinae domus, res dominicae[3] getrennt. Bei den Neueren praevalirt der Ausdruck Fiscus zur Bezeichnung des Staatsvermögens. — Der Fiscus genießt zahlreiche Privilegien, welche meistens auf den Fürsten und dessen Gemahlin ausgedehnt wurden[4] und später bei den einzelnen Materien erwähnt werden sollen; schon jetzt ist hervorzuheben das Recht auf gewisse Güter, namentlich auf gewisse Schätze (§ 138), sowie auf Verlassenschaften, die einem Indignus angefallen oder erblos sind (§ 424. 426 a. E.); das Recht des Fiscus hierauf verjährt in der Regel nach zwanzig Jahren[5], bei erblosen Verlassenschaften in vier Jahren[6]. Ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung darf auch der Fiscus kein Privilegium in Anspruch nehmen, sondern er unterliegt dem allgemeinen Recht; dies ist der Sinn des Quellenausspruchs: non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit[7], welchen Viele fälschlich dahin verstehen, daß in allen zweifelhaften Streitfällen der Fiscus unterliegen solle (in dubio contra fiscum). — Die Verwaltung des Staatsvermögens erfolgt nach den verschiedenen Ressorts in besonderen Abtheilungen (stationes fisci), und zwar so, daß jede Abtheilung ein von den anderen durchaus getrenntes Rechnungswesen hat, daher selbst die Forderung an eine Station mit einer Schuld an die andere nicht compensirt werden kann[8]; keineswegs aber bildet jede Station eine selbständige, juristische Person[9].

2. Die politischen Verbände im Staatsgebiete: die Gemeinden, in den Quellen civitas, municipes, municipium, respublica, commune, communitas, vicus, colonia genannt; auch größere Verbände, wie die Provinzen (bei uns auch die Bezirke und Kreise) gehören hierher.

3. Die militärischen Abtheilungen: Legionen[10] u. dgl.

4. Die religiösen Vereine der Priester und Priesterinnen (collegia templorum[11]).

5. Beamtenvereine, namentlich das Personal der Schreiber und Rechnungsführer, dessen Mitglieder in allen Zweigen des öffentlichen Dienstes benutzt wurden (decuriae scribarum, decuriae librariorum, fiscalium, censualium[12]) und der Stadtrath (ordo decurionum, curia[13]).

6. Gewerbliche Vereine. Hierher gehören einmal die Handwerkerzünfte, welche nur durch die Gleichartigkeit, nicht aber durch die Gemein-

[2] § 13. I. de usuc. 2, 6; l. 13. pr. §§ 1. 3. 4. l. 15. § 5. D. h. t. 49, 14; l. 1. § 9. D. ad l. Corn. de fals. 48, 10; l. 3. C. de quadr. praescr. 7, 37. — [4] l. 6. § 1. D. h. t. 49, 14; l. 3. C. de quadr. praescr. 7, 37. — [4] l. 6. § 1. D. h. t. 49, 14; l. 3. C. de quadr. praescr. 7, 37; § 14. I. de usuc. 2, 6. — [5] l. 1. §§ 3. 4. 5. D. h. t. 49, 14. — [6] l. 1. §§ 1. 2. D. h. t. 49, 14. — [7] l. 10. D. h. t. 49, 14; cf. l. 45. § 10. l. 47. pr. eod.; l. 2. C. ne uxor. 4, 12; l. 3. C. de fisc. ux. 10, 8. — [8] l. 1. C. de comp. 4, 31. — [9] l. 2. C. de sol. 8, 43; l. 1. C. ne fisc. rem. 10, 5. — [10] l. 6. § 7. i. f. D. de inj. test. 28, 3; l. 2. C. de her. dec. 6, 62; cf. l. 30. pr. D. de usuc. 41, 3. — [11] l. 38. § 6. D. de leg. 3. (32). — [12] l. 3. § 4. D. de b. p. 37, 1; l. 22. D. de fidej. 46, 1; l. 25. § 1. D. de a. v. o. h. 29, 2; t. C. 11, 13: de decurialibus urbis Romae. — [13] l. 4. C. de her. dec. 6, 62; Nov. 38. c. 1. c. 2.

schaft der Arbeit verbunden sind (collegia pistorum, fabrorum, naviculariorum[14]) sodann gewisse gemeinschaftliche gewerbliche Unternehmungen: die societates publicanorum[15], deren genauere Darstellung in § 303 erfolgen wird.

7. Gesellige Vereine: sodalitates, sodalicia, collegia sodalicia. Früherhin Zusammenkünfte zu gemeinsamem Gottesdienst und Gastmahl wurden sie gegen Ende der Republik in den bürgerlichen Unruhen der Mittelpunkt demagogischer Umtriebe und daher mehrfach aufgehoben; unter den Kaisern ward deshalb das Gesetz erlassen, es solle ein geselliger und gewerblicher (6) Verein nur mit Erlaubniß der obersten Staatsbehörden (des Kaisers oder des Senats) gestiftet, und diese Erlaubniß nur aus besonderen Gründen gewährt werden[16].

8. Unterstützungsvereine: collegia tenuiorum[17], d. h. Vereine von Leuten aus niedrigem Stande (auch Sklaven konnten mit Erlaubniß ihrer Herrn die Mitgliedschaft erwerben), namentlich zur Versicherung einer anständigen Beerdigung. Aehnlich sind die heutigen eingeschriebenen Hilfscassen (d. h. Krankencassen), welchen das Reichsgesetz vom 7. April 1876 §§ 5. 6. die juristische Persönlichkeit beigelegt hat.

9. Anstalten zur Verfolgung erlaubter Zwecke, sog. pia corpora, piae causae. Vor Reception des Christenthums als Staatsreligion gab es deren sehr wenige: gewisse Tempel hatten durch besonderes Privilegium Seitens des Kaisers oder des Senats die Erbfähigkeit erhalten[18]. Mit dem Christenthum ward die Eigenschaft einer juristischen Person den Anstalten zur christlichen Gottesverehrung, sowie denen zur Wohlthätigkeit an Arme, Kranke, Pilger, Greise, Kinder gewährt[19]; seit dem Mittelalter auch den Anstalten zur Befriedigung geistiger Bedürfnisse, wie Schulen, Bibliotheken, Museen; der Ausdruck pia corpora, piae causae ist also nicht erschöpfend. Uebrigens läßt der Zweck der Anstalt Beschränkungen, namentlich räumlicher Art, zu; so giebt es Hospitäler für kranke Bürger eines gewissen Ortes, Stipendien für Jünglinge, welche aus einem gewissen Ort gebürtig, einer bestimmten Familie angehörig sind, welche an einer bewissen Universität studiren.

Die bisher angeführten juristischen Personen theilt man (abgesehen vom Fiscus) in zwei Classen: in Corporationen und in Stiftungen. Die Corporation (in den Quellen gewöhnlich universitas[20], selten corporatio[21], heut oft universitas personarum, auch Gemeinheit genannt), begreift die oben unter 2—8 aufgeführten Fälle; darnach ist die Corporation diejenige juristische Person, welche Mitglieder hat und in diesen sichtbar zur Erscheinung kommt; doch ist die Corporation mit ihren in einem bestimmten Augenblick vorhandenen Mitgliedern nicht gleichbedeutend zu nehmen, vielmehr wird das Wesen der Corporation

[14] l. 1. pr. D. quod. cuj. univ. 3, 4; l. 5. § 13. D. de j. imm. 50, 13. — [15] l. 1. pr. § 1. D. quod cuj. univ. 3, 4; l. 3. § 4. D. de b. p. 37, 1; l. 31. § 1. D. de furt. 47, 2; l. 59. pr. D. pro soc. 17, 2. — [16] l. 1. l. 2. l. 3. D. de coll. 47, 22; l. 1. pr. D. quod. cuj. univ. 3, 4. — [17] l. 1. pr. l. 3. § 2. C. de coll. 47, 22. — [18] Ulp. fr. 22, 6. — [19] l. 23. C. de ss. eccl. 1, 2; l. 35. l. 46. C. de ep. 1. 3. — [20] l. 1. pr. §§ 1. 3. l. 2. l. 7. § 2. D. quod. cuj. univ. 3, 4. — [21] nov. Severi II; cf. l. 5. C. de comm. 4, 63; l. un. C. de priv. corporatorum 11, 14.

durch den Wechsel einzelner oder aller Mitglieder nicht afficirt [22] (§ 35 N. 2). — Die Stiftung (heut universitas bonorum, pium corpus, pia causa genannt) begreift den oben sub 9 aufgezählten Fall; sie ist diejenige juristische Person, welche kein sichtbares Substrat hat; als solches sind auch nicht diejenigen Menschen anzusehen, welche aus einer Stiftung Bezüge erhalten, z. B. die Invaliden, die Waisen eines Invaliden- oder Waisenhauses. — Zwischen beiden Arten der juristischen Personen finden sich zuweilen Uebergänge, welche beiden Arten angehören; so ist die Kirchengemeinde eine Corporation, da sie Mitglieder hat, zugleich aber eine Stiftung, da ihre Wirksamkeit über diese Mitglieder hinausgeht. Es haben sogar Institute derselben Art bald der einen, bald der anderen Classe angehört; so die Universitäten, welche ursprünglich Corporationen bald der Lehrer bald der Scholaren waren, in neuerer Zeit aber reine Stiftungen geworden sind

Streitig ist es, ob zu den juristischen Personen zu rechnen sind:

a. Die Reihe der Inhaber der Staatsgewalt oder eines Staatsamtes; die Entscheidung der Frage hängt von der Staatsverfassung ab; nach der Verfassung des Römischen Reiches ist sie zu bejahen: denn ein schlechthin „dem Fürsten", „einem (bestimmten) Amte" hinterlassenes Vermächtniß ist giltig [23]. Auch im Canonischen Recht findet sich der Satz: sedes apostolica non moritur [24].

b. Das Grundstück, zu dessen Gunsten eine Realservitut resp. ein Realprivilegium besteht, resp. dasjenige, worauf eine Servitut lastet. Die Streitfrage ist zu verneinen; denn das Grundstück steht im Eigenthum einer Person, und dieses Eigenthum empfängt durch die Servitutberechtigung resp. das Privilegium einen Zusatz (eine besondere Eigenschaft, § 157), durch die Servitutenlast eine Einschränkung.

c. Die ruhende Erbschaft (hereditas iacens) d. h. der Nachlaß eines Verstorbenen bis zur Antretung Seitens des berufenen Erben; diese Frage wird im Erbrecht erörtert werden (§ 389).

III. Die Corporation.

t. D. III, 4: quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur; XLVII, 22: de collegiis et corporibus; L. 1 et sqq.: ad municipalem. — t. C. XI, 29: de iure reipublicae; XI, 14: de privilegiis corporatorum.

A. § 31. Entstehung.

Savigny, § 89.

Eine Corporation ist entstanden, wenn mehrere natürliche Personen zur Förderung eines erlaubten, sie selbst überdauernden Zweckes vereinigt sind. Der Zweck bildet sich theils allmählich (so bei Gemeinden, welche in der Regel aus der fortgesetzten Niederlassung von Menschen an demselben Ort hervorgehen), theils geht er aus dem Entschluß mehrerer sich vereinigender Menschen hervor

[22] l. 7. § 2. D. quod cuj. univ. 3, 4. — [23] l. 56. D. leg. 2. (31); cf. l. 57. eod.; l. 20. § 1. D. de ann. leg. 33, 1; cf. l. 25. D. ad l. mun. 50, 1. — [24] c. 5. de rescr. in VI. 1, 3.

(so in den Fällen 4—8 des § 30); die Menschen müssen wenigstens drei an Zahl sein[1] (daher das Rechtssprichwort: tres faciunt collegium), und ihr Entschluß muß auf Entstehung einer juristischen Person d. h. darauf gerichtet sein, daß der Zweck in selbständiger Weise Vermögen erwerben und haben solle.

Nach einer weitverbreiteten Meinung genügt es zur Entstehung der juristischen Person nicht, daß mehrere Personen zur Förderung eines erlaubten bleibenden Zweckes vereinigt sind; sondern es wird dazu noch die Ertheilung der Rechte einer juristischen Person Seitens der Staatsgewalt verlangt (es sei denn, daß der Personenverein ebenso alt oder älter als der Staat ist, was bei vielen weltlichen und kirchlichen Gemeinden der Fall ist). Gestützt wird diese Meinung auf die § 30 unter 7 dargestellte Gesetzgebung[2]; allein der Inhalt der Gesetzgebung ist nicht der, daß ein Personenverein nur kraft staatlicher Anordnung die Eigenschaft einer juristischen Person erhalte, sondern der, daß ein Personenverein nur mit Staatsgenehmigung sich bilden dürfe; war die Genehmigung zur Bildung des Vereins ertheilt, so hatte dieser sofort von selbst die Eigenschaft einer juristischen Person. Die Bildung der Vereine unterliegt in neuerer Zeit den sog. Vereinsgesetzen, welche in der Regel keine Staatsgenehmigung erfordern, und daher ist in der Regel heut, die Erlaubtheit des Vereins vorausgesetzt, das Erforderniß der Staatsgenehmigung völlig fortgefallen; wo das Vereinsrecht nicht freigegeben ist, bedarf es einer Erlaubniß der Staatsbehörden behufs Bildung des Vereins. — Verbotene Vereine (collegia illicita) sind nie juristische Personen, und wenn durch dieselben ein Erwerb gemacht worden ist, so gelten die Grundsätze der zufälligen Gemeinschaft[3] (§ 304).

B. § 32. Vermögensverhältnisse.

Savigny, §§ 90—95. — Vangerow, §§. 54. 55.

Privatrechtsfähig ist die Corporation nur theilweis: sie hat nur die Fähigkeit zu Vermögensverhältnissen, also zum Besitz[1], zu dinglichen Rechten[2], Forderungen, Schulden, zum Processiren[3]; der Familienverhältnisse ist sie unfähig. Volle Erbfähigkeit haben nur Fiscus und die weltlichen sowie die kirchlichen Gemeinden[4], ferner solche Corporationen, welchen sie durch besonderes Privilegium beigelegt worden ist[5]; andere Corporationen haben nur die Fähigkeit zu Vermächtnissen[6] (§ 390 unter II. 2). Sehr viele Corporationen haben die Fähigkeit zu gewissen öffentlichen Rechten.

Was die einzelnen Vermögensverhältnisse betrifft, so beziehen sie sich auf die Corporation als solche und nicht auf ihre Mitglieder: die Cor-

---

[1] l. 85 D. de v. s. 50. 16. — [2] l. 1. D. h. t. 3, 4; l. 1. pr. l. 3. § 1. D. h. t. 47, 22; l. 20. D. de reb. dub. 34, 5. — [3] l. 3. pr. D. de coll. 47, 22.

[1] l. 2. D. de a. p. 41, 2. — [2] l. 1. § 1. D. h. t. 3, 4; l. 12. D. de serv. 8, 1; l. 56. D. de usufr. 7, 1. — [3] l. 27. D. de r. c. 12, 1; l. 5. § 9. D. de pec. const. 13, 5; l. 1. §§. 2. 3. l. 8. l. 9. D. h. t. 3, 4 — [4] l. 1. C. de ss. eccl. 1, 2; l. 12. C. de her. inst. 6, 24. — [5] l. 8. C. de her. inst. 6, 24. — [6] l. 117. 122. l. 73. § 1. D. de leg. I. (30); l. 20. D. de reb. dub. 34, 5; l. un. § 1. D. de lib. univ. 38, 3; l. 26. l. 27. pr. D. ad sct. treb. 36, 1.

poration ist Eigenthümerin der dem Zwecke gewidmeten Sachen, nicht etwa sind die Mitglieder Miteigenthümer desselben u. s. w.[7] (§ 35 Nr. 3); das Vermögen der Corporation ist von dem seiner Mitglieder durchaus getrennt: si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent[8]; daher kann die Corporation Gläubigerin ihrer Mitglieder wie anderer Personen werden und dingliche Rechte an ihren Sachen wie an denen anderer Personen erwerben; ebenso umgekehrt[9]. Fragt man aber, ob die Mitglieder der Corporation nicht wenigstens ein Anrecht auf das Corporationsvermögen oder auf seine Erträgnisse haben, so muß auf die Verfassung der Corporation (§ 33), in deren Ermangelung aber auf den Zweck selbst eingegangen werden; bei Gemeinden ist es zuweilen der Fall (so hatten die Römer Anspruch auf Benutzung des ager publicus, und das Gleiche gilt von der Deutschen Realgemeinde), bei den Corporationen zu gewerblichen Unternehmungen (societates publicanorum) und zu gegenseitiger Unterstützung (coll. tenuiorum) immer, bei anderen Corporationen nur sehr selten. Wo nun solche Anrechte bestehen, haben sie bald die Natur eines obligatorischen Anspruchs, bald die eines dinglichen Rechts, niemals die des Miteigenthums; und hierin gerade liegt ein Hauptunterschied von der gemeinen Societät (privata societas)[10], bei welcher die einzelnen Gesellschafter Miteigenthümer der gemeinsam erworbenen Sachen werden, wie sie denn auch durch die Namens der Societät contrahirten Obligationen selbst Gläubiger und Schuldner werden (§ 35 Nr. 3).

Sehr streitig war früher die Frage, ob die Corporation eines Delicts fähig ist. Da die Corporation nicht handlungsfähig ist (§ 33), so muß man die Frage vielmehr dahin fassen, ob die Corporation wegen eines Delicts ihrer Vorsteher oder Mitglieder, welches bei Gelegenheit der Verwaltung des Corporationsvermögens verübt worden ist, hafte, wie wenn es von ihr selbst verübt worden wäre. Diese Frage ist im Allgemeinen zu verneinen, da der Wille der Vorsteher sowie der Mitglieder der Corporation nur insoweit angerechnet wird, als sie sich innerhalb ihrer Befugnisse bewegen; nur wenn die Corporation durch die Handlungen jener Leute bereichert ist, so haftet sie auf Höhe der Bereicherung[11]. Die Gesetzgebung des Mittelalters hat übrigens mehrfach Strafen gegen Corporationen verordnet[12], allein diese Gesetze sind heute nicht mehr giltig.

Manche Corporationen genießen bei ihren Privatrechten viele Privilegien, z. B. das Recht auf Restitution (§ 105 a. E.), ein privil. exigendi im Concurse (§ 234).

---

[7] l. 6. § 1. D. de div. rer. 1, 8; l. 1. § 7. D. de quaest. 48, 18; l. 10. § 4. D. de in j. voc. 2, 4. — [8] l. 7. § 1. D. h. t. 3, 4. — [9] l. 1. § 15. D. ad. sct. treb. 36, 1; l. 9. D. h. t. 3, 4. — [10] l. 59. pr. D. pro soc. 17, 2. — [11] l. 15. § 1. D. de d. m. 4, 3; l. 4. D. de vi 43, 16; Nov. Maioriani tit. 7. — [12] Auth. item nulla u. item quaecunque C. de ep. 1, 3; c. 4. de cens. in VI. (3. 20); Aurea bulla c. 15. § 4; Landfriede von 1548. Tit. 2. Tit. 14. Tit. 29. § 4; RGO. v. 1555. II. 10. § 1.

C. § 33. Vertretung.

Savigny, §§ 96—100. Vangerow, § 55.

Das Subject des Corporationsvermögens, der Zweck ist nicht handlungsfähig [1] (denn Handlungen können nur von einem denkenden und wollenden Menschen ausgehen); daher bedarf die Corporation behufs Verwaltung ihres Vermögens einer Vertretung durch natürliche Personen, deren Handlungen als die der Corporation gelten [2]. Die Vertretung ist eine dreifache; 1) durch die gegenwärtigen Mitglieder der Corporation, 2) durch ihre Vorsteher (magistri, rectores), 3) durch ihre Beamten, namentlich durch die zur Prozeßführung bestimmten Personen (syndici, actores). Die Grundsätze, nach denen diese Vertretung gebildet und ihre Befugnisse bestimmt werden, sowie ferner die Grundsätze über das Aufsichtsrecht des Staates gegenüber ihren Beschlüssen und Handlungen bilden das Wesentliche der Verfassung einer Corporation. Von den Vorschriften des Römischen Rechts in dieser Beziehung sind uns nur wenige überliefert; es wird bloß erwähnt, daß jede Corporation eine gemeinsame Casse, Vorsteher und Proceßvertreter hat [3]; ferner daß jedes Mitglied schuldig ist, sich den durch den Zweck der Gesellschaft bestimmten persönlichen und sachlichen Leistungen (munera) zu unterziehen [4]; ferner daß die Mitglieder eines Collegium schon nach den 12. Tafeln das Recht der Autonomie haben, d. h. daß sie Statute fassen können, welche für Alle verbindlich sind, durch welche sie aber nicht das öffentliche Recht verletzen dürfen [5]; ferner daß der Stadtrath beschlußfähig ist, wenn zwei Drittel seiner Mitglieder anwesend sind, und daß alsdann die absolute Majorität der Anwesenden entscheidet [6]; auch eine Einschränkung des Stadtraths bei Veräußerung des Stadtvermögens wird erwähnt [7]. Von diesen Grundsätzen ist schon wegen ihrer Lückenhaftigkeit und Unbestimmtheit kein Gebrauch zu machen; auch besteht bei den meisten heutigen Corporationen kraft Gesetzes (Particularrecht oder specielles Privilegium) oder Herkommens eine Verfassung (die Corporation heißt alsdann univ. ordinata); wo diese fehlt und nur eine nothdürftige Organisation für beschränkte Zwecke besteht (univ. inordinata), ist die Majorität der auf gehörige Vorladung erschienenen Mitglieder beschlußfähig (§ 35 Nr. 4); in Angelegenheiten, welche über den Corporationszweck hinausgehen, ist Einstimmigkeit erforderlich. Zur Giltigkeit mancher Beschlüsse ist die Genehmigung des Staates nothwendig; derselbe führt hier, wie bei allen handlungsunfähigen Personen, eine vormundschaftliche Oberaufsicht (§ 368); er hat darauf zu achten, daß das Corporationsvermögen seinem Zwecke gemäß verwaltet und nicht von Corporationsbeamten veruntreut, noch auch von den gegenwärtigen Corporationsmitgliedern in selbstsüchtigem Interesse ausgebeutet werde; er hat ferner darauf zu achten, daß durch die Cor-

---

[1] l. 1. § 22. D. de a. p. 41, 2; l. un. § 1. D. de lib. univ. 38, 3. — [2] l. un. § 1. D. de lib. un. 38, 3; l. 97. D. de cond. 35, 1; l. 14. D. ad mun. 50, 1. — [3] l. 1. § 1: l. 8. D. h. t. 3, 4; l. 9. D. r. r. hab. 46, 8. — [4] l. 234. D. de v. s. 50, 16; l. 18. D. de mun. 50, 4. — [5] l. 4. D. de coll. 47, 22. — [6] l. 3. l. 4. D. h. t. 3, 4; l. 2. l. 3. D. de decr. 50, 9; l. 45. C. de dec. 10, 31; l. 160. § 1. D. de r. j. 50, 17. — [7] l. 3. C. de vend. reb. civ. 11, 31.

poration nicht die öffentliche Wohlfahrt gefährdet werde, namentlich daß sich nicht allzuviel Vermögen in einer Corporation anhäufe (daher die modernen Gesetze über die sog. todte Hand).

D. § 34. Aufhebung.

Savigny, § 89. — Vangerow, § 56.

Die Corporation hört auf, wenn ihre nothwendigen Voraussetzungen fortfallen:

1. Wenn der Personenverein fortfällt, sei es, daß alle Mitglieder sterben[1] oder daß sie austreten — der Tod oder Austritt von nicht allen Mitgliedern hat keinen Einfluß auf den Bestand der Corporation (§ 35 Nr. 2) — oder daß sie einen Auflösungsbeschluß fassen; der letztere kann, da er nicht innerhalb der Corporationsangelegenheiten liegt, nur mit Einstimmigkeit gefaßt werden; auch bedarf er vielfach der Staatsgenehmigung. Viele Juristen behaupten die Fortdauer der Corporation trotz des Todes resp. des Austritts sämmtlicher Mitglieder, wenn nur die Aussicht vorhanden ist, daß die Förderung des Corporationszweckes neue Träger finden werde, — was direct den Quellen widerspricht[2].

2. Wenn der Zweck aufhört ein erlaubter zu sein, indem der Staat eine gewisse Art von Vereinen gesetzlich verbietet[3]; es ist aber auch dem Staat nicht verwehrt, eine einzelne Corporation aus Gründen des öffentlichen Wohles aufzuheben[4].

Ueber das Schicksal des Corporationsvermögens, welches nach Befriedigung der Gläubiger übrig bleibt, schweigen die Quellen. Nach richtiger Meinung muß man bei denjenigen Corporationen, deren Mitglieder an das Vermögen der Corporation oder an seine Erträgnisse Ansprüche hatten, das Vermögen unter die Mitglieder vertheilen; bei anderen Corporationen kommt es darauf an, ob vor ihrer Aufhebung ein giltiger Beschluß über das Schicksal des Vermögens gefaßt worden ist oder nicht; ist dies geschehen, so ist der Beschluß auszuführen; entgegengesetzten Falles fällt das Vermögen wie ein bonum vacans an den Fiscus.

E. § 35. Vergleichung der Corporation mit der Societät.

Aeußerlich ist die Corporation der Societät ähnlich: bei beiden sind mehrere Personen zur Förderung eines erlaubten Zweckes vereinigt; allein zwischen beiden Instituten bestehen wesentliche Verschiedenheiten:

1. Der Zweck kann bei der Societät nie ewig sein[1] und dauert nicht über das Leben eines Gesellschafters hinaus[2]; anders bei der Corporation.

2. Die Societät läßt keinen Wechsel der Mitglieder zu[3], wohl aber die Corporation.

3. Die Socien haben Ratentheile am Gesellschaftsvermögen, werden selbst Schuldner und Gläubiger durch die Namens der Societät ein-

---

[1] l. 7. § 2. D. h. t. 3, 4. — [2] l. 7 § 2. D. h. t. 3, 4 und Reichsgewerbeordnung § 94, Abs. 6. — [3] cf. § 30. No. 7. — [4] l. 21. D. qu. m. usufr. 7, 4.

[1] l. 70. D. pro soc. 17, 2. — [2] l. 63. § 10. l. 65. § 9. D. pro soc. 17, 2. — [3] l. 35. l. 59. pr. l. 63. § 8 pro soc. 17, 2.

gegangenen Geschäfte; daher muß dem austretenden Socius sein Antheil am Gesellschaftsgut ausgehändigt werden[4]; anders bei der Corporation.

4. Die Societät hat keine Verfassung, Rechtsgeschäfte können daher nur einstimmig von allen Socien[5] oder von dem von Allen bestellten Geschäftsführer vorgenommen werden. Die Corporation hat meist eine Verfassung und dann entscheidet diese über die Berechtigung der Corporationsorgane zur Vornahme von Rechtsgeschäften; fehlt eine Verfassung, so kann die Majorität Beschlüsse fassen, und diese binden die Gesammtheit.

IV. § 36. Die Stiftungen (piae causae, pia corpora).

t. Cod. I, 3: de episcopis et clericis et orphanotrophis et xenodochis et brephotrophis et ptochotrophis. — Vangerow, § 60.

Die in den §§ 31 ff. von der Corporation entwickelten Grundsätze finden auch auf die Stiftung Anwendung, sofern nicht das Nichtvorhandensein von Mitgliedern Abweichungen veranlaßt.

1. Die Stiftung entsteht dadurch, daß Jemand einem erlaubten dauernden allgemeinen Zweck Güter widmet. Auch hier verlangt eine weit verbreitete Meinung noch die Ertheilung der Rechte einer juristischen Person durch die Staatsgewalt; allein die Quellen des Römischen Rechtes erwähnen dieses Erforderniß nicht[1]; das Canonische Recht schreibt zur Errichtung von Wohlthätigkeitsanstalten, von Kirchen und Klöstern die Einholung der Erlaubniß der geistlichen Behörde vor[2], und eine solche Erlaubniß muß also heute von der Staatsbehörde erbeten werden, falls sie nicht durch Particulargesetze für gewisse Stiftungen ein für alle Mal ertheilt ist, aber diese Erlaubniß ist von der Ertheilung der Rechte einer juristischen Person durchaus verschieden.

2. Die Rechtsfähigkeit der Stiftung beschränkt sich auf die Vermögensfähigkeit; sie hat volle Erbfähigkeit[3] und genießt viele Privilegien. Streitig ist, ob Jemand in seinem Testament eine Stiftung gründen und zugleich zum Erben einsetzen könne; Viele verneinen es, weil nur derjenige, welcher zur Zeit des Todes des Erblassers bereits existirt, zum Erben eingesetzt werden kann (§ 390 N. 16). Die meisten neueren Juristen bejahen die Frage: der Zweck, welchem das Vermögen gewidmet wird, existirt als eine der Menschheit vorgesetzte ewige Aufgabe; auch erklären die Quellen die Erbeinsetzung der Armen oder der Gefangenen für zulässig, und es ist alsdann das Stiftungscapital zum Besten der Armen resp. der Gefangenen (von den Kirchenbehörden) zu verwenden[4].

3. Die Stiftung kann nur durch Vertreter handeln (in den Quellen: xenodochi, ptochotrophi, brephotrophi, orphanotrophi, nosocomi, gerontocomi, genereller oeconomi, piarum causarum curatores, gubernatores). Die Bestellung derselben wie ihre Befugnisse und das

---

[4] l. 5. C. comm. div. 3, 37. — [5] l. 28. D. comm. div. 10, 3; l. 10. pr. D. de aqu. 39, 3; l. 1. l. 4. C. comm. rer. al. 4, 52.

[1] l. 23. C. de ss. eccl. 1, 2; l. 35. l. 46. C. h. t. 1, 3. — [2] c. 10. C. 18. qu. 2; c. 4. X. de relig. dom. 3, 36. — [3] l. 23. C. de ss. eccl. 1, 2; l. 24. l. 49. C. h. t. 1, 3. — [4] l. 24. l. 28. l. 49. C. h. t. 1, 3.

Oberaufsichtsrecht durch staatliche und kirchliche Behörden[5] bilden das Wesentliche der Verfassung einer Stiftung; der Stifter kann die Verfassung selbst vorschreiben[6], entgegengesetzten Falles ist die Stiftung von den öffentlichen Behörden zu verwalten[7]. Auf alle Fälle ist die Veräußerung von Stiftungsgut bedeutenden Einschränkungen unterworfen[8].

4. Die Stiftung hört auf, wenn der Zweck ein erlaubter zu sein aufhört, sowie wenn in einem gegebenen Moment kein Activvermögen mehr vorhanden ist, was wohl nur in Folge Concurses herbeigeführt werden kann. Das nach Befriedigung der Gläubiger übrig bleibende Vermögen der aufgehobenen Stiftung fällt, wenn von dem Stifter für diesen Fall keine Vorsorge getroffen ist, wie ein bonum vacans an den Fiscus.

Zweites Capitel.

Die Sachen.

Erster Titel.

§ 37. Begriff und Arten der Sache.

t. D. I, 8: de divisione rerum et qualitate. — t. I. II, 1: de rerum divisione. — Göppert, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen. 1871. — Vangerow, §§ 61. 71.

Als Gegenstände des Rechts im subjectiven Sinn sind in § 16 die Personen und die Sachen angegeben worden; die letzteren sollen nunmehr dargestellt werden.

Sache (res) bedeutet im Allgemeinen alles Dasjenige, was in sich einheitlich ist und einen bestimmten Vermögenswerth hat[1]. Was eine Person an Sachen in diesem Sinne hat, bildet ihr Activvermögen (bona)[2]. Dieser allgemeine Begriff der Sache ist im Recht nur wenig praktisch, gewöhnlich hat man es nur mit Einer Art von Sachen zu thun; es ist nämlich die Sache bald eine körperliche bald eine unkörperliche.

1. Die körperliche Sache, res corporalis. Die Legaldefinition[3] lautet: corporales hae sunt, quae tangi possunt; besser **erklärt man die körperliche Sache als ein räumlich begrenztes Stück der willenlosen Natur** (oder der als willenlos fingirten Natur, muß man im Römischen Recht wegen des Instituts der Sklaverei hinzufügen). Die körperliche Sache ist[4] (nach der Lehre der Stoiker, welche die Römischen Juristen aufnahmen) entweder eine einfache, in welcher für sich bestehende Theile nicht unterschieden werden (z. B. der Stein, Balken; in den Quellen: unitum, ἡνωμένον) oder ein aus Theilen, deren jeder das Object eines besonderen Rechts sein kann, bestehendes Ganze (z. B. ein Haus, Schiff, Schrank; in den Quellen: connexum,

---

[5] l. 46. § 3. C. h. t. 1, 3; Nov. 131. c. 7. c. 10. c. 11. — [6] l. 46. § 3. C. h. t. 1, 3. — [7] l. 49. § 6. C. h. t. 1, 3; Nov. 131. c. 11. — [8] Nov. 120.

[1] cf. l. 23. D. de v. s. 50, 16. — [2] l. 49. D. de v. s. 50, 16. — [3] l. 1. § 1. D. h. t. 1, 8; § 1. I. de reb. corp. 2, 2. — [4] l. 30. pr. D. de usuc. 41, 3.

συνημμένον, universitas, bei den Neueren universitas rerum cohaerentium, zusammengesetzte Sache). Aber auch eine Mehrheit von an sich selbständigen Sachen, deren jede für sich das Object eines Rechts ist, wird oft zu einem Ganzen zusammengefaßt und als solches behandelt[5] (die Heerde von Thieren, die Perlenschnur, ein Spiel Karten; in den Quellen universitas, bei den Neueren univ. rerum distantium, hominis, facti, Sachgesammtheit). Anwendungen von der rechtlichen Behandlung der zusammengesetzten Sache und der Sachgesammtheit vgl. unten §§ 115. 129.

2. Die unkörperliche Sache, res incorporalis; nach der Legaldefinition[6]: incorporales sunt, quae tangi non possunt. Es gehören hieher alle Rechte, sie seien dinglicher Natur (doch wird in den Quellen nie das Eigenthum dazu gerechnet, sondern statt desselben das körperliche Object des Eigenthums genannt)[7] oder obligatorischer oder familienrechtlicher; auch das Erbrecht gehört hieher d. h. das Recht, den Nachlaß eines Verstorbenen durch Antretung zu erwerben (Erbrecht im subjectiven Sinne, § 387). — Unkörperliche Sachen sind nur selten Rechtsobjecte (so im Falle des ususfructus nominis, pignus nominis, pignus ususfructus, in iure cessio hereditatis); daher versteht man unter Sache schlechthin bloß die körperliche Sache.

Oft gilt eine Mehrheit von Sachen (gleichviel ob von körperlichen oder von unkörperlichen oder von beiden zugleich) zusammen mit den dazu gehörigen Schulden als ein einheitliches Ganze, also als Eine Sache: das Vermögen eines Lebenden, der Nachlaß eines Verstorbenen (hereditas im objectiven Sinne, § 387), die Dos, das Peculium[8] (in den Quellen universitas, bei den Neueren universitas iuris).

Zweiter Titel.

Juristisch bedeutende Verschiedenheiten der körperlichen Sachen.

I. § 38. Unbeweglichkeit und Beweglichkeit.

Vangerow, § 62.

Die körperlichen Sachen sind entweder unbeweglich oder beweglich, d. h. einer Ortsveränderung ohne Beschädigung unfähig resp. fähig; für erstere gelten zuweilen andere Grundsätze als für letztere (vgl. §§ 142. 163. 176. 183. 334. 378).

1. Unbeweglich (res immobiles) sind die Grundstücke, (solum, res soli, fundi, praedia, liegende Güter[1]), und was mit ihnen natürlich oder künstlich derartig zusammenhängt, daß es ohne Zerstörung seiner Substanz oder Form nicht von seinem Orte gebracht werden kann, also Vegetabilien[2]

---

[5] l. 70. § 3. D. de usufr. 7, 1; § 18. de leg. 2, 20; l. 1. § 3. l. 3. pr. l. 23. § 5. D. de r. v. 6, 1; l. 13. pr. l. 34. pr. D. de pign. 20, 1; l. 30. § 2. D. de usuc. 41, 3. — [6] l. 1. § 1. D. h. t. 1, 8; § 2. I. h. t. 2, 1. — [7] § 2. I. de reb. inc. 2, 2; l. 13. § 1. D. de damno inf. 39, 2; l. 3. C. de quadr. praescr. 7, 37; fr. Vat. § 92; l. 18. § 2. D. de h. p. 5, 3. — [8] l. 20. § 10. D. de h. p. 5, 3; l. 1. § 4. D. de dote prael. 33, 4; l. 119. l. 208. D. de v. s. 50, 16; l. 40. D. de pec. 15, 1.

[1] l. 115. l. 211. D. de v. s. 50, 16; l. 1. §. 3. l. 8. § 15. D. de vi 43, 16. — [2] l. 40. D. de a. e. v. 19, 1; l. 44. D. de r. v. 6, 1; § 31. sq. I. de r. d. 2, 1.

und Gebäude[3], die sich auf der Bodenfläche (ager auf dem Lande, area in der Stadt) befinden. — Werden aus dem Grundstücke resp. aus dem Gebäude Bestandtheile dauernd herausgenommen (ruta caesa, eruta et caesa), so verlieren sie die Immobiliareigenschaft[4]. — Die Grundstücke zerfallen nach ihrer ökonomischen Bestimmung (nicht etwa nach ihrer Lage) in städtische und ländliche; städtische (praedia urbana) dienen zur Wohnung und Annehmlichkeit (z. B. gewisse Gärten); ländliche dienen zur Ziehung natürlicher Früchte (praed. rustica; wenn sie aber in dem Bezirk der Stadt liegen: pr. suburbana[5]).

2. Bewegliche Sachen (res mobiles). Unter diesen hebt man diejenigen hervor, welche sich durch eigne Kraft in Bewegung setzen (res se moventes, animalia, moventia) d. h. Sklaven und Thiere[6]. Die Thiere heißen wilde (bestiae, ferae bestiae), wenn sie in natürlicher Freiheit leben; ihren Gegensatz bilden die gezähmten (mansuetae, mansuefactae) und die zahmen (mansuetae).

II. § 39. Theilbarkeit und Untheilbarkeit.

Steinlechner, das Wesen der iuris communio u. quasi communio. 1876. 1878. — Vangerow, § 70.

1. Juristisch theilbar ist diejenige Sache, welche ohne Zerstörung ihres Wesens oder Beeinträchtigung ihres Werthes in Theile zerlegt werden kann[1]. Dies ist der Fall bei allen Immobilien[2], von den Mobilien aber nur bei denjenigen, welche gemessen und gewogen zu werden pflegen; bei denjenigen Mobilien, welche gezählt zu werden pflegen, ist es dann der Fall, wenn durch die Theilung kein Bruch entsteht[3]. Sachgesammtheiten können häufig in ihre Theile zerlegt werden (z. B. eine Heerde), häufig nicht (z. B. ein Viergespann). Zusammengesetzte Sachen können nicht in ihre Theile zerlegt werden, aber an ihren Theilen sind trotzdem besondere Rechtsverhältnisse zulässig, die von denen am Ganzen abweichen (§§ 129. 139). Theile einer juristisch theilbaren Sache heißen partes pro diviso, reelle Theile.

2. Neben den partes pro diviso kennen die Quellen partes pro indiviso[4], heut: intellectuelle Theile genannt. Der Begriff derselben ist streitig. Die herrschende Meinung versteht darunter Theile des Rechtes an einer Sache, das unter mehrere Personen vertheilt ist, und sie unterscheidet theilbare Rechte (Eigenthum, Nießbrauch, Emphyteuse, Superficies, Pfandrecht, theilbare Obligationen, Erbrecht) und untheilbare Rechte (Usus, Prädialservituten und untheilbare

[3] l. 50. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 7. § 10. D. de a. r. d. 41, 1; l. 44. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 49. pr. D. de r. v. 6, 1; l. 20. § 2. D. de s. p. u. 8, 2. — [4] l. 241. D. de v. s. 50, 16; l. 66. § 2. D. de c. e. 18, 1; l. 17. pr. § 6. l. 18. D. de a. e. v. 19, 1. — [5] l. 198. l. 166. pr. D. de v. s. 50, 16; l. 1. pr. D. comm. pr. 8, 4; l. 16. C. de praed. et al. reb. min. 5, 71. — [6] l. 93. D. de v. s. 50, 16.

[1] l. 26. § 2. D. de leg. 1. (30); l. 35. § 3. D. de r. v. 6, 1; l. 34. § 2. C. de don. 8, 54; § 5. I. de off. jud. 4, 17; l. 31. § 6. D. de aed. ed. 21, 1. — [2] l. 8. D. de r. v. 6, 1; l. 6. § 1. D. comm. pr. 8, 4; l. 19. D. comm. div. 10, 3; l. 83. D. pro soc. 17, 2. — [3] l. 54. pr. l. 117. D. de v. o. 55, 1; l. 29. i. f. D. de sol. 46, 3. — [4] l. 25. § 1. D. de v. s. 50, 16.

Obligationen). Nach einer zweiten Meinung sind die intellectuellen Theile Theile der Sache, aber nicht wirkliche, sondern gedachte, oder wie man auch sagen kann, Theile am Werthe der Sache; in der Regel können die Rechtsverhältnisse ebensosehr an den gedachten Theilen der Sache wie an der ganzen Sache stattfinden, einzelne Rechtsverhältnisse nur an der ganzen Sache (Usus, Prädialservituten und untheilbare Obligationen). — Die zweite Meinung ist allein mit den Quellenausdrücken im Einklang[5]. Praktische Unterschiede gehen übrigens aus dieser Meinungsdifferenz nicht hervor.

Die Anwendung des Begriffs der Theilbarkeit und Untheilbarkeit s. unten in §§ 115. 129. 244.

III. § 40. Vertretbarkeit und individuelle Bestimmtheit.

Vangerow, § 68.

Wenn Sachen zum Gegenstand von Obligationen gemacht werden, so werden sie entweder so bestimmt, daß man sie individuell bezeichnet (z. B. fundus Tusculanus, homo Stichus[1]), oder so, daß man bloß die Gattung angiebt, zu welcher sie gehören (fundus sine propria appellatione, homo generaliter sine proprio nomine[2]). Auf die erste Bestimmungsweise bezieht sich der Ausdruck species, certum corpus, corpus, individuell bestimmte Sache, auf die zweite Bestimmungsweise der Ausdruck genus, Gattungssache[3]. Die zweite Bestimmungsweise ist namentlich bei denjenigen Sachen üblich, welche gezählt, gewogen oder gemessen zu werden pflegen (aurei decem, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum[4]); bei Sachen dieser Art kommt es nicht auf die Individualität sondern auf die Masse und Güte (auf Quantität und Qualität) an; eine bestimmte Masse in bestimmter Güte hat denselben Werth wie eine andere gleich große Masse von derselben Güte, und es kann daher die eine durch die andere ersetzt werden. Solche Sachen heißen in den Quellen res quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis quam specie, res quae numero pondere mensura consistunt[5], bei uns vertretbare Sachen, res fungibiles, fungible Sachen, Quantitäten, Quantitätssachen. Die wichtigste vertretbare Sache ist das Geld.

Es ist schon bemerkt, daß die obige Eintheilung blos für die Obligationen von Werth ist; Gegenstand des Besitzes und der dinglichen Rechte können nur individuell bestimmte Sachen sein, vertretbare Sachen also nur dann, wenn sie individuell bestimmt sind; aber auch zum Gegenstand von Obligationen kann man vertretbare Sachen in der Weise machen, daß man sie individuell bestimmt (z. B. eine Stipulation über vinum, oleum, triticum, quod in horreo est[6]).

---

[5] l. 5. pr. D. de stip. s. 45, 3; l. 25. D. qu. m. ususfr. 7, 4; l. 5. § 15. D. comm. 13, 6; l. 66. § 2. D. de leg. 2, (31); l. 64. § 4. D. de ev. 21, 2.

[1] l. 74. D. de v. o. 45, 1. — [2] l. 75. § 1. D. de v. o. 45, 1. — [3] l. 54. pr. l. 83. § 5. D. de v. o. 45, 1; l. 30. pr. l. 34. §§ 3. 4. l. 51. D. de leg. 1. (30). — [4] l. 74. l. 75. § 2. D. de v. o. 45. 1. — [5] l. 2. § 1. D. de r. c. 12, 1; l. 42. D. de i. d. 23, 3; l. 35. § 5. D. de c. e. 18, 1; l. 1. § 2. D. de o. et a. 44, 7; l. 1. § 7. D. ad l. Falc. 35, 2; pr. I. qu. m. re 3, 15. — [6] l. 75. § 5. D. de v. o. 45, 1.

IV. § 41. Brauchbarkeit, Verbrauchbarkeit, Productivität.

Heimbach, die Lehre von der Frucht. 1843. — Göppert, über die organischen Erzeugnisse. 1869. — Vangerow, § 75.

Alle Sachen gewähren, indem sie die Fähigkeit haben, menschliche Bedürfnisse zu befriedigen, einen Nutzen (fructus im weiteren Sinn[1]). Der Nutzen ist bei den einzelnen Sachen verschieden; er besteht zum großen Theil:

1. Entweder darin, daß die Sache gebraucht wird;

2. Oder darin, daß die Sache verbraucht wird, d. h. darin, daß bei Erfüllung ihrer Bestimmung ihr Körper sofort vernichtet wird (res quae usu consumuntur s. tolluntur, quae in abusu sunt[2], verbrauchbare, verzehrbare Sachen, sog. res consumtibiles). Auch das Geld rechnet man dazu, weil vom Standpunkte seines Inhabers aus das Ausgeben dem Verbrauchen gleichsteht[3]. Aehnlich den verbrauchbaren Sachen sind diejenigen, welche durch den Gebrauch zwar nicht vernichtet werden, aber bedeutend leiden z. B. Kleidungsstücke (res quae usu minuuntur[4]). — Uebrigens dürfen die verbrauchbaren Sachen nicht mit den vertretbaren verwechselt werden: die verbrauchbaren Sachen sind regelmäßig vertretbar, aber nicht umgekehrt.

3. Oder der Nutzen besteht darin, daß die Sache auf organische Weise neue Sachen producirt. Diejenigen organischen Erzeugnisse, welche die Sache ihrer Bestimmung nach abwirft, und welche also den Ertrag der Sache bilden[5], heißen fructus im engeren Sinne, Früchte (bei den Neueren auch fruct. naturales, natürliche Früchte[6]). Daher gehört zu den Früchten das Thierjunge (nicht aber der Dünger noch das Fell noch das Fleisch von gefallenen Thieren, auch nicht das Sklavenkind[7]), ferner diejenigen Bäume, die nach den Grundsätzen einer ordentlichen Forstwirthschaft geschlagen werden[8] (nicht aber der Windbruch[9], auch nicht diejenigen Bäume, die auf Acker und Wiese oder in einem Parkwäldchen stehen, außer wenn sie abgestorben sind[10]). — Für die verschiedenen Momente der Fruchtziehung bestehen besondere Bezeichnungen: fr. pendentes s. stantes für die mit der Hauptsache noch verbundenen Früchte; fr. separati für die davon getrennten; fr. percepti s. apprehensi für diejenigen, welche Jemand gesammelt, in Besitz genommen hat (doch wird zuweilen in den Quellen fr. percepti statt fr. separati gebraucht[11]); fructus qui percipi potuerunt, bei den Neueren fr. percipiendi für versäumte, vernachläsigte Früchte. Sind die Früchte noch bei demjenigen, welcher sie gezogen hat,

[1] l. 19. §. 1. l. 49. D. de us. 22, 1. — [2] l. 5. §§ 1. 2. l. 7. D. de usufr. ear. r. 7, 5; § 2. I. de usufr. 2, 4. — [3] § 2. I. de usufr. 2, 4; l. 11. § 2. l. 13. D. de r. c. 12, 1; l. 32. D. de min. 4, 4. — [4] l. 1. D. de usufr. ear. r. 7, 5. — [5] l. 77. D. de v. s. 50, 16. — [6] t. D. 22, 1: de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora; t. C. 7, 51: de fructibus et litis expensis. — [7] l. 27. pr. D. de her. pet. 5, 3; l. 68. pr. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 30. D. quemadmod. usufr. 7, 4; l. 12. § 2. D. de usu. 7, 8; l. 28. D. h. t. 22, 1. — [8] l. 9. § 7. D. de usufr. 7, 1; l. 22. pr. D. de usu. 7, 8; l. 7. § 12. D. sol. matr. 24, 3. — [9] l. 12. pr. D. de usufr. 7, 1; l. 7. § 12. D. sol. matr. 24, 3. — [10] l. 10. l. 11. l. 18. D. de usufr. 7, 1. — [11] vgl. z. B. l. 25. § 1. D. h. t. 22, 1; l. 4. § 2. D. fin. reg. 10, 1.

so heißen sie fr. exstantes, vorhandene Früchte; sind sie es nicht mehr, weil er sie verzehrt, veräußert u. s. w. hat, so heißen sie fr. consumti, bei den Neueren ungenau: verzehrte Früchte. Je nachdem die Entstehung der Früchte durch die alleinige Thätigkeit der Natur oder durch das Zuthun eines Menschen herbeigeführt worden ist, unterscheiden die Neueren fr. mere naturales und industriales (rein natürliche, erarbeitete Früchte). — Den bisher erörterten natürlichen Früchten werden andere Erträge von Sachen (unter dem Namen fr. civiles, bürgerliche, juristische Früchte) gleichgestellt; es gehört hierher:

a. die Ausbeute bei Bergwerken, Steinbrüchen u. dgl.[12]. Dieser Grundsatz ist bei denjenigen Fossilien, welche sich nicht erneuern (diese bilden die Regel), ein sehr bedenklicher; er ermöglicht Demjenigen, welcher eine solche Sache zu Ususfructus oder als Dos erhalten hat, eine Ausbeutung auf Kosten Anderer, welche kaum in der Pflicht zur Beobachtung der diligentia patrisfamilias resp. quam in suis ein genügendes Correctiv hat; daher wird auch an einer Stelle[13] dem sich nicht erneuernden Gestein die Fruchteigenschaft abgesprochen;

b. das Wild bei Jagdgrundstücken[14];

c. das Entgelt dafür, daß Jemand einem Anderen die Nutzung einer Sache gestattet, oder daß dieser sie ihm vorenthält. Dieses Entgelt heißt Pacht- und Miethgeld, wenn die Sache nicht fungibel ist[15], entgegengesetzten Falls Zinsen (usurae, seltener fenus, welches auch das zinsbare Darlehn bedeutet[16]). Die Zinsen bedürfen einer genaueren Darstellung.

Insbesondere von den Zinsen.

A. § 42. Begriff und Entstehung.

t. D. XXII, 1: de usuris et fructibus. — t. C. IV 32: de usuris. — Savigny, §§ 268—271. — Vangerow, § 76.

Zinsen sind ein Entgelt, welches Jemandem für die von ihm gestattete oder ihm vorenthaltene Nutzung einer Quantität vertretbarer Sachen zukommt, und welches in einer Quote gleichartiger Sachen besteht. Die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen setzt also immer ein Capital (sors, caput), namentlich Geld voraus[1]; ist dieses vorhanden, so versteht sich die Zinsverbindlichkeit nicht von selbst, sie bedarf vielmehr eines besonderen Grundes. Dieser Grund ist entweder ein **Rechtsgeschäft** oder eine **gesetzliche Vorschrift**.

I. Das **Rechtsgeschäft** ist am häufigsten ein Vertrag des Schuldners mit dem Gläubiger (bei den Römern beim Gelddarlehn Stipulation[2], bei anderen Darlehnen und bei bonae fidei negotia ein

[12] l. 77. D. de v. s. 50, 16; l. 7. § 14. D. sol. matr. 24, 3; l. 9. §§ 2. 3. l. 13. § 5. D. de usufr. 7, 1; l. 18. pr. D. de fund. dot. 23, 5. — [13] l. 7. § 13. D. sol. matr. 24, 3; vgl. noch l. 32. D. de. j. d. 23, 3. — [14] l. 9. § 5. D. de usufr. 7, 1; l. 26. D. h. t. 22, 1. — [15] l. 36. D. h. t. 22, 1; l. 29. D. de her. pet. 5, 3. — [16] l. 34. D. h. t. 22, 1; l. 29. § 2. D. de aed. ed. 21, 1; cf. l. 121. D. de v. s. 50, 16.

[1] l. 121. D. de v. s. 50, 16; l. 23. l. 26. § 1. C. h. t. 4, 32. — [2] l. 3. C. h. t. 4, 32; l. 24. D. de pr. v. 19, 5; Ausnahmen: l. 30. D. h. t. 22, 1; l. 5. § 1. l. 7. D. de naut. foen. 22, 2; Nov. 136. c. 4.

pactum adiectum[3], heut stets formloser Vortrag[4]); auch kann durch ein Vermächtniß des Schuldners an den Gläubiger eine Zinsverbindlichkeit entstehen[5]. Zinsen aus einem Rechtsgeschäft heißen usurae ex obligatione und können selbständig (ohne das Capital) eingeklagt werden[6].

II. Nach gesetzlicher Vorschrift muß Zinsen leisten:

1. Derjenige, welcher mit der Bezahlung einer Geldschuld aus einem bonae fidei negotium (§ 84)[7], heutzutage aus irgend welcher Obligation in Verzuge ist; ist der Gläubiger der Fiscus oder ein Minderjähriger, so muß der Schuldner sofort von der Fälligkeit der Obligation, nicht erst von seinem Verzuge an Zinsen entrichten[8], außer bei Strafgeldern an Fiscus[9]; umgekehrt zahlt Fiscus sowie derjenige, welcher in Erfüllung eines Schenkungsversprechens säumig ist, keine Verzugszinsen[10].

2. Derjenige, welcher fremdes Geld widerrechtlich in eignen Nutzen verwendet, sowie Derjenige, welcher es unbenutzt liegen gelassen hat, trotzdem er es als Vormund, Verwalter u. dgl. ausleihen oder abführen mußte[11].

3. Derjenige, dessen Verwalter aus eignen Mitteln Gelder vorgeschossen hat[12].

4. Der Käufer, welcher den Kaufpreis schuldet, von dem Augenblicke an, wo ihm der Kaufgegenstand übergeben wird[13] (§ 287 N. 2).

5. Derjenige, welcher ein Dotalversprechen zwei Jahre nach der Eingehung der Ehe unerfüllt gelassen hat[14] (§ 332 unter 2).

6. Der Ehemann, welcher ein Jahr nach der Auflösung der Ehe die dotalen Mobilien und Incorporalien an Denjenigen, welchem die Dos zurückgegeben werden soll, nicht zurückleistet[15] (§ 342 unter 2).

7. Derjenige, welcher mit einem Vermächtniß an eine Kirche oder an eine milde Stiftung beschwert ist und es sechs Monate nach der Bekanntmachung des letzten Willens nicht auszahlt[16] (§ 444 N. 6); sowie Derjenige, welcher mit der Errichtung eines Kunst- oder Bauwerks an eine Stadtgemeinde letztwillig beschwert ist und den hiefür gesetzten Termin nicht innehält[17].

8. Nach Römischem Recht auch Derjenige, welcher rechtskräftig zur Zahlung einer Summe verurtheilt ist; es steht diesem nämlich eine in der Regel viermonatliche Zahlungsfrist (tempus iudicati) zu, während welcher keine Zinsen laufen, nach deren Ablauf er aber die Condemnationssumme mit zwölf Procent (usurae rei iudicatae) verzinsen muß[18]; es

[3] l. 24. i. f. l. 26. § 1. D. dep. 16, 3; l. 5. C. de pact. int. emt. 4, 54. — [4] Vgl. unten § 213. — [5] l. 3. § 6. D. de ann. leg. 33, 1. — [6] l. 75. § 9. D. de v. o. 45, 1; l. 1. C. de jud. 3, 1. — [7] l. 32. § 2. D. h. t. 22, 1. — [8] l. 17. §§ 5. 6. l. 43. D. h. t. 22, 1; l. 3. C. in qu. c. in int. 2, 41; l. 87. § 1. D. de leg. 2. (31). — [9] l. 9. D. de mag. conv. 27, 8. — [10] l. 17. § 5. D. h. t. 22, 1; l. 22. D. de don. 39, 5. — [11] l. 17. § 7. D. h. t. 22, 1; l. 19, § 4. D. de neg. gest. 3, 5; l. 7. § 3. l. 15. D. de adm. 26, 7; l. 1. § 1. D. h. t. 22, 1; l. 10. § 3. D. mand. 17, 1; l. 7. §§ 10—12. D. de adm. 26, 7. — [12] l. 12. § 9. D. mand. 17, 1; l. 19. § 4. D. de neg. gest. 3, 5; l. 37. D. h. t. 22, 1; l. 18. C. de neg. gest. 2, 19; l. 3. §§ 1. 4. D. de contr. tut. 27, 4; l. 67. § 2. l. 52. § 10. D. pro soc. 17, 2. — [13] l. 13. §§ 20. 21. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. C. eod. 4. 49. — [14] l. 31. § 2. C. de j. d. 5, 12. — [15] l. un. § 7. C. de r. u. a. 5, 13. — [16] Nov. 131. c. 12. — [17] l. 17. § 8. D. h. t. 22, 1. — [18] ll. 1—3. C. de us. r. j. 7, 54; l. 13. C. h. t. 4, 32.

wurde jedoch diese Vorschrift in der Praxis nicht beobachtet, und das Einführungsgesetz zur Reichscivilproceßordnung § 14 Z. 4 hat sie ausdrücklich aufgehoben.

9. Die sog. Proceßzinsen (§ 95 unter II b).

Die Neueren nennen die Fälle 1. 2. usurae punitoriae, die 3—9 usurae legales; den Quellen ist diese Benennung fremd; sie benennen sämmtliche Fälle 1—9 zusammen mit denjenigen, welche aus einem pactum adiectum (§ 84 Note 21) geschuldet werden, usurae quae officio iudicis praestantur[19]. Diese Bezeichnung weist darauf hin, daß solche Zinsen nicht selbständig, sondern nur zusammen mit dem Capital eingeklagt werden können; hat also der Gläubiger das Capital allein angenommen, oder hat der Richter den Schuldner bloß zur Zahlung des Capitals verurtheilt und die Zinsen übergangen, so ist die Zinsschuld untergegangen[20].

Frühere Juristen behaupteten vielfach, daß wer eine lange Zeit ohne Grund Zinsen zahlt, durch Verjährung zur ferneren Zinszahlung verpflichtet werde; diese Behauptung wird heut allgemein verworfen, denn nach dem Quellenzeugniß, worauf sie gestützt ward[21], wird durch langjährige Zinszahlung bloß der Beweis geführt, daß der Zahlende dazu durch ein Rechtsgeschäft verpflichtet worden sei; der Beweis kann durch Gegenbeweis entkräftet werden.

B. § 43. Zinsbeschränkungen.

Vangerow, §§ 77—79.

Bei allen Völkern ist, um die Bedrückung der Schuldner durch die Gläubiger zu verhüten, das Zinsnehmen nur mit gewissen Beschränkungen gestattet worden. Die römische Gesetzgebung hat in dieser Beziehung nach vier Richtungen hin Bestimmungen getroffen: sie hat dem Zinsfuß und den rückständigen Zinsen ein Maximum vorgeschrieben, sie hat den Anatocismus und die Vorwegnahme der Zinsen verboten.

1. Der Zinsfuß. Die Römische Gesetzgebung hat hier mehrfach gewechselt; das Justinianische Recht ist folgendes:

a) bei den Zinsen aus einem Rechtsgeschäft hängt der Zinsfuß von dem Willen der handelnden Personen ab, allein es darf ein gewisses Maximum (usurae legitimae, maximae) nicht überschritten werden; dasselbe beträgt in der Regel sechs Procent (usurae semisses), bei dem foenus nauticum (§ 216) und bei Darlehnen in anderen Sachen als Geld zwölf Procent (usurae centesimae); Fabrikherren und Kaufleute können acht Procent (us. besses), Personen aus der Rangstufe der illustres bloß vier Procent (us. trientes) nehmen; von Bauern darf man nur vier Procent nehmen[1].

b) bei den Zinsen nach gesetzlicher Vorschrift richtet sich der Zinsfuß nach dem Ortsgebrauch[2]; doch darf er in der Regel nicht sechs

---

[19] l. 49. § 1. D. de a. e. v. 19, 1; l. 54. pr. D. loc. 19, 2; l. 58. pr. D. ad sct. treb. 36, 1. — [20] l. 49. § 1. D. de a. e. v. 19, 1. l. 4. C. dep. 4, 34; l. 13. C. h. t. 4, 32. — [21] l. 6. pr. D. h. t. 22, 1.

[1] l. 26. § 1. C. h. t. 4, 32; Nov. 34; l. ult. C. de fisc. us. 10, 8. — [2] l. 1. pr. l. 37. D. h. t. 22, 1; l. 10. § 3. D. mand. 17, 1; l. 39. § 1. D. de leg. 1. (30)

Procent übersteigen [3]; in einigen Fällen sind specielle Festsetzungen getroffen, wonach bald das sechsprocentige Maximum (ohne Rücksicht auf den Ortsgebrauch) bald mehr bald weniger zu entrichten ist. Sechs Procent sind zu leisten von den Schuldnern des Fiscus, sowie von dem freiwilligen Geschäftsführer, dem Vormund und Stadtmagistrat, welche Gelder des Geschäftsherrn, des Mündels, der Gemeinde in ihren eignen Nutzen verwenden [4]; zwölf Procent als us. rei iudicatae (jetzt unpraktisch, vgl. § 42 unter II. 8) und als Zinsen für die Auslagen zum Zweck der Reparatur eines Gebäudes [5]; vier Procent als Zinsen für Zahlung und Rückzahlung der Dos, sowie bei Rückzahlung eines Vermächtnisses unter der Bedingung des Wittwenstandes; endlich drei Procent als Zinsen für gewisse zurückzugebende Vermächtnisse [6] (§ 434 Note 7).

Dem Justinianischen Recht entgegen verbot das Canonische Recht [7] auf Grund der Mosaischen Gesetzgebung [8] alles Zinsennehmen. Allein durch eine constante, in der Reichsgesetzgebung [9] mehrfach anerkannte Gewohnheit wurde die Vorschrift des Canonischen Rechts beseitigt und der Zinsfuß von fünf Procent als der höchste gesetzlich zulässige eingeführt; bei dem foenus nauticum war der Zinsfuß unbeschränkt. Nach dem Reichszinsengesetz vom 14. November 1867 resp. nach dem Baierschen Gesetz vom 5. December 1867 unterliegt die Höhe der Zinsen der freien Vereinbarung; danach ist *bei allen aus einem Rechtsgeschäft entspringenden* Zinsen der Zinsfuß völlig unbeschränkt.

2. *Rückständige Zinsen* sollen den Betrag des Capitals nicht übersteigen; erreichen sie denselben, so hört der fernere Zinsenlauf auf [10]. Man drückt dies gewöhnlich so aus: Zinsen wachsen nicht ultra alterum tantum, ultra duplum an.

3. Der *Anatocismus* d. h. der Zinseszins ist verboten [11]; es dürfen demnach die *rückständigen* Zinsen weder zum Capital geschlagen (sog. anatocismus coniunctus), noch selbst zu einem verzinslichen Capital erklärt werden (sog. anatoc. disiunctus s. separatus). Wohl aber kann eine Zinsobligation entstehen, wenn Jemand als Verwalter eines fremden Vermögens Zinsen eingenommen resp. verauslagt hat [12]; denn hier handelt es sich um *bezahlte* Zinsen.

4. Die Vorwegnahme der Zinsen bei der Hingabe eines Darlehns ist nach R. R. verboten; sie bewirkt, daß nur der Ueberrest als dargeliehen gilt [13]. Diese Bestimmung des R. R. ist mit dem Geiste des obenerwähnten

---

[3] l. 26. C. h. t. 4, 32. — [4] l. 17. § 6. D. h. t. 22, 1; l. 38. D. de neg. gest. 3, 5; l. 7. §§ 4. 10; l. 54. D. de adm. 26, 7; l. 1. C. de us. quest. 5, 56. — [5] l. 2. C. de us. r. j. 7, 54; l. 4. C. de aed. pr. 8, 54. — [6] l. 31. § 2. C. de j. d. 5, 12; l. un. § 7. C. de r. u. a. 5, 13; Nov. 22. c. 44. § 4; l. 12. C. de pet. her. 3, 31. — [7] C. 14. qu. 4—6; t. X. 5. 19; t. in VI. 5, 5; Cl. 5, 5. — [8] Mos. II. 22. V. 25. III. 25. V. 35—37. V. 23. V. 19. 20. — [9] RPO. 1577. T. 17. § 9. T. 20. § 6; RDA. 1600. § 139; JRA. § 174. — [10] l. 26. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 10. l. 27. § 1. C. h. t. 4, 32; cf. l. 24. l. 30. C. h. t. 4, 32 (leges restitutae); Nov. 121. c. 2; Nov. 138; Nov. 160 (sämmtlich unglossirt). — [11] l. 28. C. h. t. 4, 32; l. 3. pr. C. de us. r. j. 7, 54; cf. l. 26. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 27. D. de r. j. 42, 1; l. 20. C. ex. qu. c. infam. 2, 12. — [12] l. 10. § 3. i. f. D. mand. 17, 1; l. 7. § 12. l. 58. §§ 1. 4. D. de adm. 26, 7. — [13] l. 2, 6. §. 1. C. h. t. 4, 32.

Reichsgesetzes vom 14. November 1867 unvereinbar, und muß deshalb als beseitigt gelten.

Jede Uebertretung der oben entwickelten Grundsätze, sie sei eine offenbare oder versteckte (in fraudem legis[14]), enthält einen Zinswucher (usuraria pravitas); hat der Schuldner unerlaubte Zinsen versprochen (was jetzt nur noch durch Anatocismus möglich ist), so erwirbt der Gläubiger keine Forderung an ihn[15]; hat er sie gezahlt, so gelten sie als auf das Capital gezahlt, so daß dieses sich verringert[16]; ist aber das Capital bereits abgetragen, so können sie vom Zahlenden (mit der condictio ob iniustam causam) zurückgefordert werden. — Von der Zahlung unerlaubter Zinsen ist die von thatsächlich nicht geschuldeten Zinsen zu unterscheiden; zahlt Jemand Zinsen für ein Capital, welches er nicht schuldet, so kann er sie, wenn er in entschuldbarem Irrthum war, (mit der condictio indebiti) zurückfordern[17]; zahlt er hingegen Zinsen für ein Capital, das er schuldet, das aber unverzinslich ist, so lucrirt der Gläubiger das Gezahlte; zwar leugnen dies Viele, indem sie das Gezahlte auf das Capital abgerechnet wissen wollen[18]; allein es ist dies gegen ein klares Quellenzeugniß[19] und gegen innere Gründe: es würde der Zurückfordernde eine Undankbarkeit begehen[20], welche vom Recht nicht gebilligt werden kann; auch das Institut der sog. antichresis tacita beruht auf diesem Gedanken (§ 201).

Dritter Titel.

§ 44. Verhältniß einer Sache zu einer anderen. (Hauptsache und Pertinenz).

Funke, die Lehre von den Pertinenzen. 1827. — Göppert, organische Erzeugnisse. 1869. — Vangerow, § 73.

Während im Allgemeinen jede Sache ein selbständiges Rechtsobject ist, geschieht es häufig, daß eine Sache einer anderen folgt (sequi, cedere, accedere), d. h. jede die letztere betreffende Willenserklärung wird auch auf die erstere bezogen[1]. Sie heißt alsdann Pertinenz, Zubehör einer Hauptsache; in den Quellen werden dafür die Ausdrücke pars rei, quasi pars, accessio, propter rem habetur gebraucht, welche Worte aber nicht bloß die Pertinenz bezeichnen. **Die Pertinenz ist eine an sich selbständige Sache, welche mit einer anderen in dauernde[2] Verbindung gesetzt worden[3], um ihre Benutzung zu ermöglichen oder zu befördern.** Sowohl unbewegliche Sachen als bewegliche können Pertinenzen haben; so ist das Bramsegel, der Käfig die Pertinenz des Schiffes resp. des Vogels[4]. Pertinenzen können sowohl beweg-

---

[14] l. 44. D. h. t. 22, 1; l. 13. § 26. D. de a. e. v. 19, 1; l. 26. § 1. C. h. t. 4, 32. — [15] l. 26. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 26. § 1. l. 27. § 1. C. h. t. 4, 32. — [16] l. 26. pr. D. de c. i. 12, 6; l. 18. C. h. t. 4, 32. — [17] l. 26. § 2. D. de c. i. 12, 6. — [18] Arg. l. 5. § 2. l. 102. § 3. D. de sol. 46, 3. — [19] l. 26. pr. D. de c. i. 12, 6. — [20] Seneca epist. 81.

[1] l. 13. § 31. D. de a. e. v. 19, 1; l. 91. § 5. D. de leg. 3. (32). — [2] l. 17. § 7. D. de a. e. v. 19, 1; l. 26. pr. D. de instr. 33, 7. — [3] l. 17. §§ 10. 11; l. 18. § 1. D. de a. e. v. 19, 1. — [4] l. 242. pr. D. de v. s. 50, 16; l. 52. § 9. l. 66. D. de leg. 3. (32).

lich sein (Schlüssel, Dünger und Streu, die für ein Landgut angeschafft sind[4a]), als unbeweglich (Hofräume und Gärten eines Hauses, Wiesen einer Ackerwirthschaft[5]). Pertinenzen können mit der Hauptsache körperlich verbunden sein (die Quellen nennen sie vincta fixa[6] z. B. ständige Wasserleitungsröhren, die Rebenpfähle in einem Weinberge[6a]), allein es ist dies ebensowenig erforderlich als genügend, und daher gehören z. B. die befestigten Inventarienstücke eines Grundstücks nicht zu den Pertinenzen[7], weil das Inventar nach Römischer Auffassung überhaupt keine Pertinenz ist[8].

Vierter Titel.

§ 45. Werth der Sachen.

Vangerow, § 171.

Um ihres Nutzens halber (§ 41) haben die Sachen einen Werth. Der Nutzen einer Sache kann in verschiedenen Orten und Zeiten ein verschiedener sein, und daher ist der Werth einer Sache durch Ort und Zeit bedingt. An einem bestimmten Orte und in einem bestimmten Augenblicke aber kann die Sache nur Einen Werth haben, und es darf bei Bestimmung dieses Werthes nicht in Betracht kommen, daß die Sache einer einzelnen Person aus individuellen Gründen besonders werthvoll erscheint (z. B. weil sie ein Erbstück ist, weil sie ein Kind ist, das Jemand mit seiner Sklavin gezeugt hat[1]); mit anderen Worten: es gibt nur Einen wahren Werth der Sache (verum rei pretium, aestimatio[2], zuweilen quanti ea rest est[3]), keinen Affectionswerth (sog. pretium affectionis). Ein allgemein anerkannter Repräsentant der Werthe ist das Geld, daher ist es der allgemeine Werthmesser. Den Werth einer Sache in Gelde (die Schätzung einer Sache) stellt in der Regel der Richter unter Zuziehung von Sachverständigen fest; in gewissen Fällen aber hat der Kläger nach Römischem Recht das Recht, den Werth einer Sache nebst dem sonstigen Interesse (§ 243) zu beschwören (iuramentum in litem, Würderungseid, Schätzungseid[4]), nämlich a) bei den restitutorischen und exhibitorischen Klagen (§ 84 sub 4[5]), falls der Verklagte Dolus oder culpa lata oder contumacia begangen hat[6], b) bei allen Klagen, wenn der

---

[4a] l. 17. pr. § 2. D. de a. e. v. 19, 1. — [5] l. 34. l. 91. §§ 4. 5. D. de leg. 3. (32); l. 52. § 3. D. de a. e. v. 19, 1. — [6] l. 38. § 2. D. de a. e. v. 19, 1, wo aber mit Haloander gelesen werden muß: an hae ut iuncta fixaque aedium essent, an ut ruta caesaque non essent aedium — [6a] l. 17. § 7. § 11. D. de a. e. v. 19, 1. — [7] l. 17. pr. §§ 4. 7. D. de a. e. v. 19, 1; l. 245. pr. D. de v. s. 50, 16. — [8] l. 1. pr. l. 2. § 1. D. de instr. 33, 7; l. 14. D. de sup. leg. 33, 10.

[1] l. 63. pr. D. ad l. falc. 35, 2; l. 33. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 1. § 15. D. si quid in fr. patr. 38, 5. — [2] l. 2. § 13. D. vi bon. rapt. 47, 8; l. 179. D. de v. s. 50, 16. — [3] l. 179. l. 193. D. de v. s. 50, 16; l. 1. § 4. D. si quis j. d. 2, 3; l. 9. § 8. D. ad exh. 10, 4. — [4] tt. D. 12, 3; C. 5, 53: de in litem iurando. — [5] l. 2. § 1. l. 5. pr. l. 8. D. h. t. 12, 3; l. 18. pr. § 1. D. de dolo 4, 3; l. 68. D. de r. v. 6, 1; l. 7. D. si s. v. 8, 5; l. 3. § 3. D. ad exh. 10, 4; l. 16. § 3. D. de pign. 20, 1; l. 25. § 1. D. sol. matr. 24, 3; l. 48. § 1. D. loc. 19, 2; l. 1. § 26. D. dep. 16, 3; l. 3. § 2. D. comm. 13, 6. — [6] l. 2. § 1. l. 4. § 4. l. 5. § 3. D. h. t. 12, 3; l. 15. §§ 9—11. D. quod vi 43, 24; l. 1. l. 2. l. 4. C. h. t. 5, 53.

Werth der Sache auf andere Weise nicht zu ermitteln ist[7]. Es kann aber der Richter, damit nicht hierdurch allzuerhebliche Abweichungen vom wahren Werthe der Sache eintreten, entweder vor der Ableistung des Eides ein Maximum festsetzen, welches der Kläger nicht überschreiten darf, oder nach der Ableistung des Eides eine allzu übermäßige Schätzung ermäßigen[8]. Diese Vorschriften über den Schätzungseid hat die Reichscivilproceßordnung § 260 aufgehoben, und dafür die Bestimmung getroffen, daß bei allen Klagen es in dem Ermessen des Gerichts steht, den Beweisführer zur eidlichen Schätzung des Schadens oder des Interesses aufzufordern; in diesem Fall hat das Gericht zugleich den Betrag festzusetzen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf. — Eine Abart des Schätzungseides ist das iuram. Zenonianum[9]; vgl. darüber § 122. —

Fünfter Titel.

§ 46. Rechtsverhältnisse an Sachen. Sachen in und außer dem Verkehr.

Keller, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel betr. 1861 — Ihering, der Streit über die Festungswerke der Stadt Basel. 1862. — Dernburg, Rechtsgutachten bez. der Festungswerke bei der Stadt Basel. 1862. — Wappäus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. 1867. — Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs. 1867. — Eisele, über das Rechtsverh. der res publ. in publ. usu. 1873. — Vangerow, §§ 63—66.

In der Regel sind die Sachen als Rechtsobjecte allen Personen, namentlich den Privatpersonen, zugänglich (Sachen im Verkehr, res in commercio); manche Sachen stehen aber außerhalb des Verkehrs (res extra commercium, res quarum commercium non est), d. h. Privatpersonen können daran weder dingliche Rechte haben, noch können sie auf den Fall, daß jene Sachen später in den Verkehr eintreten sollten, Rechtsgeschäfte über sie abschließen[1]; solche Sachen lassen deshalb keine Schätzung zu[2]. Der Grund, weshalb eine Sache dem Verkehr entzogen ist, kann ein religiöser, ein natürlicher, ein politischer, ein Nützlichkeitsgrund sein.

1. Die aus religiösen Gründen dem Verkehr entzogenen Sachen heißen res divini iuris; sie sind in Niemandes Eigenthum[3], ihren Gegensatz bilden die res humani iuris (purae, profanae). Da die Römischen Gottheiten theils dii superi theils inferi sind, so sind die res divini iuris entweder res sacrae (z. B. Tempel und gottesdienstliche Geräthe) oder res religiosae (z. B. die Grabstätte, locus religiosus). Ihnen ähnlich (quodammodo divini iuris) sind die res sanctae[4], d. h. irdische Dinge, welche besonders befriedet sind (z. B. Mauern und Thore einer Stadt und des Lagers, die Grenzmarken). Zum Schutze der wichtigsten

---

[7] l. 5. § 4. l. 6. l. 9. D. h. t. 12, 3. — [8] l. 4. §§ 1—3. l. 5. §§ 1. 2. D. h. t. 12, 3; l. 3. § 2. D. ad exh. 10, 4; l. 68. D. de r. v. 6, 1. — [9] l. 9. C. unde vi 8, 4.

[1] l. 34. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 1. § 2. D. quae res pign. 20, 3; l. 83. § 5. l. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; § 2. I. de inut. st. 3, 19; § 5. I. de emt. vend. 3, 23; l. 182. D. de r. j. 50, 17. — [2] l. 9. § 5. D. de div. r. 1, 8. — [3] §§ 7—9. I. de r. d. 2, 1; l. 6. § 2. l. 9. D. de div. r. 1, 8. — [4] § 10. I. de r. d. 2, 1; l. 6. § 2. l. 8. l. 9. §§ 3. 4. D. de d. r. 1, 8; l 3. § 17. D. de d. r. m. 49, 16; Festus s. v. terminus.

res divini iuris wurden durch das prätorische Edict mehrere Klagen eingeführt (interdictum ne quid in loco sacro fiat[5], actio sepulcri violati[6], interdictum de mortuo inferendo et de sepulcro aedificando[7]); es sind dieselben jedoch dadurch unanwendbar geworden, daß diejenigen res divini iuris, auf welche sie sich beziehen, nach heutigem Kirchenrecht als Eigenthum der Kirchen, politischen Gemeinden resp. von Privatpersonen gelten; an die Stelle jener Klagen sind heut die regelmäßigen Klagen getreten. — Für die minder wichtigen res divini iuris (z. B. der Sarg und die Kleider der Leiche) hat das Kirchenrecht keine besonderen Grundsätze aufgestellt; sie stehen also noch heut in Niemandes Eigenthum.

2. Die aus natürlichen Gründen dem Verkehr entzogenen Sachen sind die res omnium communes[8] (im Gegensatz zu den res singulorum); sie sind der ausschließlichen Herrschaft einzelner Personen nicht unterwerfbar; es gehören hierher die Luft, das fließende Wasser, das Meer und die Meeresküste; doch können einzelne Stellen des Meeres und Meeresufers durch Privatbauten bedeckt, und so lange diese stehen, Privateigenthum werden[9]; Ein römischer Jurist sah sogar die Meeresufer als Staatseigenthum an[10] — eine Ansicht, welche das heutige Völkerrecht recipirt hat. — Vom Meere und von dem fließenden Wasser ist Das, was sie mit sich führen oder decken, zu unterscheiden; dieses (Thiere, Vegetabilien, Gestein) ist nicht dem Verkehr entzogen, sondern unterliegt der Occupation der Einzelnen[11] (§ 137).

3. Die aus politischen Gründen dem Verkehr entzogenen Sachen sind die res publicae quae publico usui destinatae sunt. Unter res publicae versteht man ursprünglich die Sachen, welche im Eigenthum des römischen Staats[12], später auch die, welche im Eigenthum der Gemeinden stehen[13]. Sie zerfallen in zwei Classen: a) in solche, welche der Staat und die Gemeinde wie eine Privatperson hat und gebraucht (patrimonium populi s. civitatis, pecunia populi s. reipublicae[14]), diese sind dem Verkehr nicht entzogen; b) in diejenigen Theile des Staatsgebiets, welche allen Menschen zum Gebrauche freigelassen und deshalb außerhalb des Verkehrs sind (res publicae publico usui destinatae); es gehören hierher[15] die Wege, Plätze (stadia, theatra), Brücken, Seen, das Flußbett der öffentlichen Flüsse (d. h. der fortdauernd fließenden größeren Gewässer, flumina perennia, im Gegensatz zu den torrentia), wohingegen die Ufer derselben im Privateigenthum stehen und nur gewissen Legalservituten unterworfen sind[16] (§ 126). — Zum Schutze der dem

---

[5] t. D. 43, 6: ne quid in loco sacro fiat. — [6] tt. D. 47, 12: C. 9, 19: de sepulcro violato. — [7] t. D. 11, 8: de mortuo inferendo et sepulcro aedificando. — [8] §§ 1—5. I. de r. d. 2, 1; ll. 2—6. § 1. l. 10. D. de d. r. 1, 8; l. 14. pr. l. 30. § 4. D. de a. r. d. 41, 1; l. 3. l. 4. De ne quid in loco publ. 43, 8; l. 1. § 17. D. de flum. 43, 12. — [9] l. 50. D. de a. r. d. 41, 1; l. 2. § 8. l. 3. § 1. D. ne quid in l. p. 43, 8. — [10] l. 3. pr. D. ne quid in l. p. 43, 8. — [11] § 5. I. de r. d. 2, 1. — [12] l. 15. D. de v. s. 50, 16. — [13] l. 17. D. de v. s. 50, 16; l. 1. pr. D. de r. d. 1, 8. — [14] l. 14. pr. D. de a. r. d. 41, 1; l. 6. pr. l. 72. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 2. § 4. De ne quid in l. p. 43, 8. — [15] l. 1. §§ 1—3. D. de flum. 43, 12; l. 2. §§ 2—5. 22. 23. De ne quid in l. p. 43, 8; § 2. § 6. I. de r. d. 2, 1; l. 6. § 1. D. de d. r. 1, 8. — [16] § 4. I. de r. d. 2, 1; l. 5. pr. D. de d. r. 1, 8.

Gemeingebrauch überlassenen Sachen (unter b) und zur Verhütung von Willkür der Einzelnen sind im Römischen Recht eine große Anzahl von Klagen[17] eingeführt worden, welche theils von Jedermann aus dem Volke (Popularklagen), theils von dem Beeinträchtigten angestellt werden können. Von denselben sind die Popularklagen heute durchaus unpraktisch geworden, weil der Staat nicht mehr von jedem Bürger vertreten werden kann (§ 84 unter 7); die anderen finden thatsächlich nur selten Anwendung, weil die Verwaltungsbehörden auf Grund des Hoheitsrechts des Staats für die Unversehrtheit der öffentlichen Sachen sorgen und Jedermann in ihrem Gebrauche schützen. — In neuester Zeit haben einige Rechtslehrer die Meinung aufgestellt, daß der Staat an den res publicae publico usui destinatae kein Eigenthums- sondern ein Hoheitsrecht habe, d. h. daß sein Herrschaftsrecht über diese Sachen nicht privater sondern staatlicher Natur sei. In der That läßt sich nicht leugnen, daß der Gemeingebrauch in der Regel es dem Staat fast unmöglich macht, irgendwelche Eigenthumsbefugnisse an diesen Sachen auszuüben; nichtsdestoweniger sind solche Befugnisse vorhanden: es bezieht der Staat von demjenigen, der auf einer solchen Sache einen Bau ausführt, einen Grundzins[18]; es erwirbt der Staat, wenn Jemand in einer solchen Sache einen Schatz findet, die dem Grundeigenthümer zukommende Hälfte[19]; es bezieht der Staat in unseren Tagen die Grasnutzung und die Baumfrüchte der Staatschausseen; es kann der Staat dadurch, daß er eine solche Sache dem Gemeingebrauch entzieht, zur vollen Ausübung seiner Eigenthumsbefugnisse gelangen. Diese Grundsätze ergeben, daß der Staat an den res publicae publ. usui destin. ein doppeltes Recht hat: ein wenig bedeutsames Eigenthums- und ein starkes Hoheitsrecht.

4. Aus Nützlichkeitsgründen sind gewisse Sachen dem Verkehr entzogen, wofür in den Quellen die Gifte und verbotenen Bücher als Beispiele angeführt werden[20]. Heute gelten in dieser Beziehung die Vorschriften der Particularrechte.

Die dem Verkehr entzogenen Sachen werden zuweilen in den Quellen[21] als res nullius bezeichnet, in dem Sinne, daß sie entweder überhaupt nicht im Eigenthum (1. 2.) oder doch nicht im Eigenthum der natürlichen Personen (3.) stehen können. Gewöhnlich aber bezeichnen jene Worte diejenigen Sachen, welche im Verkehr sind, jedoch aus factischen Gründen keinen Eigenthümer haben: die Thiere in ihrer natürlichen Freiheit, die Naturproducte des Meeres, unoccupirte Grundstücke, die derelinquirten d. h. von ihrem Eigenthümer aufgegebenen Sachen, den Schatz[22].

---

[17] tt. D. 43, 7—15. u. l. 1. §§ 15. 16. l. 2. D. de cloac. 43, 23. — [18] l. 2. § 17. D. ne quid in loco publ. 43, 17. — [19] § 39. I. de rer. div. 2, 1. — [20] l. 4. § 1. D. fam. erc. 10, 2; Pauli sent. rec. V, 23. § 18. — [21] l. 1. pr. D. de d. r. 1, 8; l. 51. D. de c. e. 18, 1. — [22] § 12. I. de r. d. 2, 1; l. 3. pr. D. de a. r. d. 41, 1.

Drittes Capitel.

Die juristischen Thatsachen.

Entstehung, Endigung, Erhaltung, Aenderung der Rechte.

Einleitung.

§ 47. Erklärung technischer Ausdrücke.

Savigny, §§ 104. 105. — Vangerow, §§ 119. 126. 127.

I. Juristische Thatsachen und ihre Arten. Man nennt jeden Umstand, welcher eine juristische Wirkung d. h. die Entstehung, Endigung, Erhaltung oder Aenderung eines Rechts hervorbringt, eine juristische Thatsache. — Oftmals schreibt eine Rechtsregel vor, daß ein vorhandener Umstand als nicht vorhanden, und umgekehrt ein nichtvorhandener als vorhanden angesehen werden soll; man spricht alsdann von einer Fiction (Rechtsdichtung); so das ius postliminii und die fictio legis Corneliae in Betreff des gefangenen römischen Bürgers (§ 25), die Fiction der vollendeten Ersitzung zu Gunsten des redlichen Besitzers (§ 128). — Ihrem Inhalt nach sind die juristischen Thatsachen positive oder negative, ihrem Ursprung nach sind sie Handlungen oder Ereignisse.

1. Handlungen sind diejenigen juristischen Thatsachen, welche von dem Willen des Menschen hervorgerufen werden; dieselben können positiv sein oder negativ (Omissivhandlungen, Unterlassungen); ihrem Charakter nach sind sie entweder erlaubte oder unerlaubte (§ 71). Unter den erlaubten nehmen diejenigen Parteihandlungen eine besonders wichtige Stellung ein, welche unmittelbar auf eine juristische Wirkung gerichtet sind: die Rechtsgeschäfte (§ 48).

2. Ereignisse sind die von dem Willen der Menschen unabhängigen juristischen Thatsachen; sie sind äußerst mannigfaltig: Geburt, Tod, productive Thätigkeit des Erdreichs, Zurücktreten eines Flusses, Entstehung eines neuen Flußbettes u. s. w. Eines unter diesen Ereignissen bedarf einer besonderen Erörterung: der Eintritt und der Ablauf der Zeit (§ 72).

II. Die Arten des Rechtserwerbs. Man nennt den Erwerb eines Rechtes originär (ursprünglich, selbständig), wenn der Erwerber sich nicht auf das Recht eines Anderen stützt; seinen Gegensatz bildet der derivative (abgeleitete) Erwerb d. h. derjenige, bei welchem der Erwerber sich auf das bereits bestehende Recht eines Anderen stützt, bei welchem das erworbene Recht von dem eines Anderen (auctor[1], Rechtsurheber) abgeleitet wird. Für den abgeleiteten Erwerb gilt die Regel: nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet[2]. Der abgeleitete Erwerb ist von doppelter Art:

---

[1] l. 175. § 1. D. de r. j. 50, 17. — [2] l. 54. l. 175. § 1. l. 177. pr. D. de r. j. 50, 17.

entweder wird auf Grund eines bestehenden Rechts ein Recht anderer Art geschaffen (z. B. der Eigenthümer bestellt einem Anderen eine Servitut oder ein Pfandrecht an seiner Sache), oder ein bestehendes Recht geht, so wie es ist, ganz oder zum Theil auf einen Anderen über, so daß ein bloßer Wechsel im Subject des Rechts erfolgt. Im letzten Falle findet eine Succession statt, der Erwerber ist der Successor (Nachfolger) des bisherigen Inhabers (Auctor, Vorgänger, Vormann). In der Regel lassen alle Rechte einen Wechsel der Subjecte (eine Succession) zu, nicht bloß die Vermögensrechte, sondern auch die Familienrechte (die väterliche Gewalt, welche durch Adoption übertragen wird, im classischen Rechte auch die tutela cessitia[3]); doch giebt es Ausnahmen: die sog. höchstpersönlichen Rechte wie die Personalservituten, das eheliche Recht, das vormundschaftliche Amt nach Justinianischem und heutigem Recht. — Die Succession in Vermögensrechte zerfällt in zwei Arten: in die Singular-Succession oder Sondernachfolge, und in die Universal-Succession oder Gesammtnachfolge.

1. Die Singularsuccession (succ. in rem, in singulas res, in singularum rerum dominium) ist vorhanden, wenn es sich um ein einzelnes Vermögensstück oder mehrere derselben handelt; dieselben können dingliche oder obligatorische Rechte sein; die Singularsuccession in obligatorische Rechte hat das Römische Recht erst sehr spät anerkannt (§ 248).

2. Die Universalsuccession (successio per universitatem) ist wiederum eine doppelte:

a. eine acquisitio per universitatem d. h. eine Succession in die gesammten Activa einer Person (außer den höchstpersönlichen) in Einem Acte. Die zahlreichen Fälle dieser Art im alten Civilrecht (die meisten Fälle der capitis deminutio) sind bereits im Prätorischen Recht insofern modificirt worden, als der Successor für die Passiva in Höhe der Activa aufkommen mußte (§ 25); dem heutigen Rechte sind sie völlig fremd.

b. succ. in omne ius, in universum ius, in universa bona, successio schlechthin, d. h. die in Einem Acte sich vollziehende Succession in die gesammten Activa und Passiva einer Person (außer den höchstpersönlichen) oder in einen Bruchtheil derselben. Derartig ist die Succession des Erben in den Nachlaß des Erblassers (Sechstes Buch).

III. Bedeutung der Veräußerung. Die Veräußerung wird in den verschiedenen Rechtsmaterien nicht immer in demselben Umfang genommen. Im engsten Sinne versteht man darunter die Veräußerung an einen Anderen d. h. den Fall, daß der Berechtigte sein Recht auf einen Anderen ganz oder zum Theil überträgt oder ihm ein dingliches Recht an seiner Sache bestellt[4]. Im weiteren Sinne begreift die Veräußerung auch den Verzicht (renuntiatio) d. h. die Aufgabe eines Rechtes schlechthin, also ohne Uebertragung an einen Anderen (z. B. Dereliction, Ausschlagung eines

[3] Gai. I. 168. sq. — [4] l. 7. C. de reb. al. 4, 51.

erworbenen Vermächtnisses[5]); in diesem weiteren Sinne ist die Veräußerung zu definiren als die Ausscheidung eines Vermögensbestandtheils mittels Rechtsgeschäfts. Im weitesten Sinne ist die Veräußerung das freiwillige Dulden einer solchen Ausscheidung; es fällt nämlich darunter auch die Herbeiführung des Untergangs eines Rechts, welche zwar nicht durch den Willen des Berechtigten, aber doch mit demselben bewirkt wird; in diesem weitesten Sinn ist es eine Veräußerung, wenn der Eigenthümer einer Sache die Ersitzung derselben durch einen Anderen geschehen läßt, ferner wenn der Servitutberechtigte die Servitut wissentlich durch Nichtausübung verliert[6]. — Immer aber setzt die Veräußerung voraus, daß das Recht, um das es sich handelt, ein bereits erworbenes sei: das Ausschlagen eines bloß möglichen Erwerbs (z. B. die Ablehnung einer angefallenen Erbschaft, die Zurückweisung eines angebotenen Geschenks) fällt nicht unter den Begriff einer Veräußerung; auch dieses wird Verzicht genannt.

Erster Titel.

Die Rechtsgeschäfte.

I. § 48. Begriff und Arten.

Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. — Savigny, §§ 104. 140. 141.

A. Begriff. Rechtsgeschäft (negotium, actus, actum) ist die erlaubte Willenserklärung einer Partei, welche unmittelbar auf eine rechtliche Wirkung (Entstehung, Endigung, Aenderung, Erhaltung eines Rechtsverhältnisses) gerichtet ist. Die Merkmale eines Rechtsgeschäfts sind hiernach folgende:

1. Es ist eine erlaubte Willenserklärung. Dieselbe kann eine reine Willenserklärung sein (z. B. Abschließung eines Consensualvertrages) oder mit einer Behandlung von Sachen verbunden (z. B. die Auszahlung eines Darlehns, die Besitznahme der Nachlaßsachen Seitens des Erben). Immer muß es eine erlaubte Willenserklärung sein; entgegengesetzten Falls ist sie kein Rechtsgeschäft, wenngleich sie von demselben äußeren Gepräge wie die erlaubte Willenserklärung ist (z. B. die Besitznahme der Nachlaßsachen Seitens eines Prädo).

2. Es ist die Willenserklärung einer Partei d. h. einer Person, welche ein eignes Interesse an der Willenserklärung hat; Willenserklärungen, an denen der Erklärer kein eignes Interesse hat (z. B. des Fürsten, welcher in einem Rescript ein Privileg ertheilt, des Richters, welcher ein Urtheil fällt) sind keine Rechtsgeschäfte.

3. Es ist eine unmittelbar auf eine juristische Wirkung gerichtete Willenserklärung; von dieser unmittelbaren juristischen Wirkung ist der Zweck zu unterscheiden, welcher mit einem Rechtsgeschäft angestrebt wird (§ 67).

B. Arten. Das Rechtsgeschäft ist ein so umfassender Begriff, daß

[5] l. 5. § 8. D. de reb. eor. 27, 9. — [6] l. 28. pr. D. de v. s. 50, 16; l. 5. §§ 6. 7. D. de don. i. v. et u. 24, 1.

die einzelnen Fälle desselben eine unendliche Mannigfaltigkeit zeigen. Man pflegt sie nach folgenden Gesichtspunkten in Classen zu theilen:

1. In einseitige und zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäfte (sog. negotia unilateralia und bilateralia). Das einseitige Rechtsgeschäft ist der Ausfluß des Willens Einer Person (z. B. Occupation, Dereliction, Pollicitation, Testament, Antretung einer Erbschaft). Das zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäft entsteht durch die Uebereinstimmung zweier oder mehrerer selbständig einander gegenüberstehender Willen; es heißt conventio, pactio, Vertrag, und wird in den Quellen [1] mit den Worten definirt: est conventio duorum pluriumve in idem placitum consensus d. h. der Vertrag ist die Einigung zweier oder mehrerer Parteien über die Entstehung, Endigung, Erhaltung, Aenderung eines Rechts (denn so müssen die ungenauen Worte in idem placitum wiedergegeben werden). Der Vertrag findet in allen Theilen des Privatrechts seine Anwendung [2]: als dinglicher Vertrag (z. B. die Tradition), als obligatorischer Vertrag, als familienrechtlicher Vertrag (z. B. Eingehung einer Ehe, Adoption), als Erbvertrag (welcher freilich im römischen Recht verboten ist, § 390).

2. In Rechtsgeschäfte unter Lebenden und von Todeswegen (negotia inter vivos und mortis causa); erstere sollen schon bei Lebzeiten des Erklärers wirksam werden, letztere erst nach seinem Tode. Die letzteren (Erbeinsetzung und Vermächtniß) werden im Erbrecht dargestellt werden; ebendahin gehört die dem Vermächtniß ähnelnde Schenkung von Todeswegen (§ 459).

3. In entgeltliche (lästige, onerose) und unentgeltliche (wohlthätige, lucrative); erstere sind die Rechtsgeschäfte auf Leistung und Gegenleistung, letztere bewirken einen Vortheil ohne Gegenleistung (z. B. Finden eines Schatzes, Schenkung, Vermächtnisse).

II. Erfordernisse des Rechtsgeschäfts.

Vorbemerkung.

Die Erfordernisse des Rechtsgeschäfts ergeben sich aus seinem Begriffe; es wird verlangt werden müssen: A. daß der Erklärende willensfähig sei (§ 49), B. daß er einen concreten Willen habe (§ 50 — § 60), C. daß dieser Wille auf eine mögliche und erlaubte juristische Wirkung gerichtet sei (§ 61), D. daß dieser Wille gehörig erklärt werde (§§ 62. 63).

A. § 49. Handlungsfähigkeit des Erklärenden.

Savigny, §§ 106—112. — Vangerow, § 81.

Das Rechtsgeschäft setzt wie jede Handlung das Willensvermögen des Handelnden voraus. Wer dasselbe in solchem Maße hat, daß er gesetzlich zur Vornahme von erlaubten Handlungen resp. Rechtsgeschäften fähig ist, heißt handlungsfähig. Das von dem Handlungsunfähigen vorgenommene Rechtsgeschäft ist in der Regel nichtig (Ausnahmen s. in §§ 274. 380 a. E.) — Es ist nun schon in § 20 sqq. und § 33 bemerkt worden, daß:

[1] l. 1. § 2. D. de pact. 2, 14. — [2] l. 1. § 3. D. de pact. 2, 14.

1. völlig handlungsunfähig sind: die Kinder (außer bezüglich des Besitzerwerbs, § 114 Note 7), die Geisteskranken (außer in lichten Zwischenräumen) und die juristischen Personen; hier ist noch hinzuzufügen, daß wegen vorübergehender Geistesabwesenheit auch die völlig Trunkenen, die Kranken, welche das Bewußtsein verloren haben, die Schlaftrunkenen, völlig handlungsunfähig sind [1]. Die Geisteskrankheit wird in einem besonderen Verfahren, für welches die Reichscivilproceßordnung § 593 — § 620 genaue Vorschriften getroffen hat, festgestellt; ihr Resultat ist die Entmündigung des Geisteskranken; aber die Handlungsunfähigkeit des Geisteskranken tritt unabhängig von jenem Verfahren, also schon vor der Entmündigung ein.

2. Theilweis handlungsunfähig sind:

a. Unmündige, welche über die Kindheit hinaus sind (infantiae maiores), mögen sie unter väterlicher Gewalt stehen oder nicht; sie können zwar erwerben, nicht aber sich verpflichten noch etwas veräußern.

b. Mündige Minderjährige, welche von der väterlichen Gewalt frei sind und deshalb heut stets unter Vormundschaft gestellt werden; sie können gleichfalls nur erwerben, nicht aber sich verpflichten noch etwas veräußern, sie haben vor den inf. maiores nur die Fähigkeit zur Errichtung eines Testaments und zur Leistung eines promissorischen Eides voraus (§§ 21. 380). Anders ist die Handlungsfähigkeit der mündigen Hauskinder: sie können erwerben und sich durch alle Verträge mit Ausnahme des Darlehns [2] verpflichten [3]; sie können aber in der Regel kein Testament machen [4], und auch unter Lebenden nichts veräußern [5].

c. Frauen: sie können nicht intercediren (§ 255).

d. Körperlich Kranke: ihre Handlungsfähigkeit hängt von der Art ihrer Krankheit ab; zuweilen werden sie unter Vormundschaft gestellt (§ 370 [6]), zuweilen müssen bei ihren Handlungen besondere Vorsichtsmaßregeln getroffen werden (§ 394 unter I. 1.).

Hinzuzufügen ist, daß theilweis handlungsfähig ist:

e. Der Verschwender, richtiger Derjenige, welcher von der Obrigkeit zum Verschwender erklärt worden ist; es geschieht dies Seitens des Gerichts (jetzt durch das Amtsgericht) nach gehöriger Untersuchung [7], für welche die Reichscivilproceßordnung §§ 621 – 627 genaue Vorschriften aufgestellt hat; das Resultat der Untersuchung ist die Entmündigung des Verschwenders, erst mit der Entmündigung tritt die Handlungsunfähigkeit des Verschwenders ein. Der Verschwender steht dem infantia maior gleich d. h. er kann zwar erwerben, nicht aber sich verpflichten noch etwas veräußern [8], insbesondere auch kein Testament machen [9].

---

[1] c. 7. C. 15. qu. 1. l. 17. D. qui test. 28, 1. — [2] tt. D. 14, 6; C. 4, 28; de scto. Macedoniano. — [3] l. 141. § 2. D. de v. o. 45, 1. — [4] l. 6. pr. D. qui test. 28, 1. — [5] Vgl. unten § 357. — [6] § 4. I. de cur. 1, 23. l. 2. D. de cur. fur. 27, 10; l. 12. pr. § 1. D. de tut. et cur. 26, 5. — [7] l. 1. pr. D. de cur. fur. 27, 10. — [8] l. 6. D. de v. o. 45, 1; l. 10. pr. D. de cur. fur. 27, 10; l. 9. § 7. D. de r. c. 12, 1; l. 25. D. de fidej. 46, 1. — [9] l. 18. D. qui test. 28, 1.

B. Der Wille des Erklärenden.

1) § 50. Dasein des Willens.

Richelmann, der Einfluß des Irrthums auf Verträge. 1837. — Savigny, §§ 134—139. — Vangerow, § 85.

Das Rechtsgeschäft muß, wenn es gelten soll, vom Erklärenden gewollt sein; wird es nicht gewollt, so ist es nicht vorhanden (nichtig), wenngleich es als gewollt erscheint. Nichtig ist also die Erklärung:

I. In den Fällen der Simulation, des Scherzes, der Belehrung [1]; diese Fälle kommen darin überein, daß der Handelnde eine Erklärung zwar abgeben, ihr aber keine juristische Wirkung beilegen will. — Unter dem simulirten Rechtsgeschäft (d. h. demjenigen, welches zur Täuschung Anderer vorgenommen ward) ist häufig ein anderes wirklich gewolltes Rechtsgeschäft versteckt (z. B. unter dem simulirten Verkauf einer Sache eine Schenkung [2], unter dem Verkauf einer Sache zu einem simulirten höheren Preis ein Verkauf zu einem niederen Preis und umgekehrt); das also versteckte Rechtsgeschäft gilt dann, wenn alle Requisite desselben vorhanden sind [3]. — Von dem simulirten Rechtsgeschäft ist die symbolische Handlung zu unterscheiden; man versteht darunter die Rechtsform eines Geschäfts, deren Beobachtung zwar erforderlich, welche dem Inhalt des Geschäfts aber nicht entsprechend ist; derartig war die bei den Römern vielfach gebräuchliche venditio nummo uno (z. B. bei dem Mancipationstestament, bei der Restitution der Erbschaft an den Universalfideicommissar, bei der Rückleistung eines zur Dos bestellten Ususfructus [4]). — Keine Nichtigkeit bewirkt die bei einer Willenserklärung vorhandene Mentalreservation; denn Niemand darf sich auf Mentalreservation berufen, weil er sich damit einer Lüge bezichtigen würde.

II. In den Fällen des wesentlichen Irrthums (sog. error essentialis); diese Fälle kommen darin überein, daß der Handelnde eine Erklärung zwar abgeben und dieselbe mit juristischer Wirkung versehen wissen will, allein diejenige juristische Wirkung, welche er will, erklärt er nicht, vielmehr erklärt er aus Irrthum eine andere, welche er nicht will. In den Fällen des wesentlichen Irrthums ist das Rechtsgeschäft nichtig, selbst wenn der Irrthum des Handelnden vermeidlich war oder unentschuldbar ist; denn das Erklärte ist nicht der Wille des Handelnden. Die Fälle des wesentlichen Irrthums sind folgende:

1. Der Irrthum über die Natur des Rechtsgeschäfts (sog. error in negotio); der Handelnde will ein anderes Rechtsgeschäft abschließen, als welches er erklärt, z. B. er unterschreibt eine Urkunde über einen Kauf in der Meinung, sie enthalte einen Miethsvertrag [5].

2. Der Irrthum über die Person (sog. error in persona); der Handelnde meint eine andere Partei, als für welche er sich erklärt hat [6]. Doch ist zu bemerken, daß der Handelnde diesen Irrthum in denjenigen Fällen, in welchen die Person gleichgültig ist (z. B. der Verkäufer beim Baarkauf), vielfach ungerügt lassen wird.

---

[1] l. 3. § 2. l. 54. D. de o. et a. 44, 7; l. 24. D. de test. mil. 29, 1. — [2] l. 36. D. de c. e. 18, 1. — [3] ll. 1—3. C. plus valere 4, 22; l. 3. C. de c. e. 4, 38; l. 6. D. pro don. 41, 6. — [4] Gai. 2. 103. sq. 252; l. 66. D. de j. d. 23, 3. — [5] l. 5. C. plus valere 4, 22. — [6] l. 9. pr. D. d. her. inst. 28, 5.

3. Der Irrthum über den Gegenstand (sog. error in corpore); der Handelnde meint einen anderen Gegenstand, als welchen er in seiner Erklärung genannt hat[7]. — Bei Kaufverträgen und verwandten Geschäften steht dem Irrthum über den Gegenstand auch der Irrthum über gewisse Eigenschaften des Gegenstandes (sog. error in substantia) gleich (§ 286).

4. Der Irrthum über den Willen der anderen Partei. Bei Verträgen ist der Irrthum auch dann ein wesentlicher, wenn durch ihn eine übereinstimmende Erklärung beider Theile nur scheinbar zu Stande kommt; jede der Parteien irrt sich über den Willen der anderen und erklärt einen diesem nicht correspondirenden Willen. Der Irrthum kann möglicherweise die Natur des Rechtsverhältnisses betreffen (der Eine zahlt eine Summe als Darlehn, der Andere empfängt sie als Geschenk; es kommt alsdann weder ein Darlehn noch eine Schenkung zu Stande[8]), oder die Person der anderen Partei (es erhält Jemand von A ein Darlehn, glaubt es aber von B erhalten zu haben; dies ist der Fall der sog. condictio Iuvenciana[9], § 273) oder die Sache (der Eine will das Cornelianische Grundstück kaufen, der Andere das Sempronianische verkaufen[10]).

Irrthümer anderer Art sind ohne Einfluß auf das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts (sog. error non essentialis, concomitans); so der Irrthum über Namen und Eigenschaften einer Partei (falsa demonstratio non nocet[11]), über Namen und unwesentliche Eigenschaften der Sache (s. oben sub 3) sowie über Accessionen der Sache, auf welche sich das Rechtsgeschäft bezieht[12]. Auch ein irrthümliches Motiv, aus welchem der Handelnde das Rechtsgeschäft vorgenommen hat, ist im Allgemeinen ohne Einfluß auf das Rechtsgeschäft[13]: falsa causa non nocet[13a]; davon giebt es aber erhebliche Ausnahmen (§ 51).

III. Im Fall der physischen Gewalt (sog. vis absoluta, Ueberwältigung durch körperliche Uebermacht, mechanischer Zwang, z. B. Jemand führt einem Anderen mit Gewalt die Hand zur Unterschrift eines Vertrages, Jemand hält einen Vormund gewaltsam zurück, damit aus seiner Gegenwart bei dem Geschäft eines Mündels eine Genehmigung des Geschäftes hervorgehe[14]). Der Handelnde will hier weder das Eintreten einer juristischen Wirkung noch selbst die Erklärung eines Willens; die letztere wird ihm mit Gewalt abgerungen; sie ist deshalb nichtig, gleichviel ob die Gewalt eine bedeutende, unwiderstehliche war oder nicht. — Wohl zu unterscheiden ist der Fall der psychischen Gewalt oder Drohung (§ 51).

---

[7] l. 9. § 1. D. de her. inst. 28, 5; l. 4. pr. D. de leg. 1. (30); l. 34. pr. D. de a. p. 41, 2; l. 10. C. de don. 8, 54. — [8] l. 18. D. de r. c. 12, 1; l. 36. D. de acq. dom. 41, 1. — [9] l. 32. D. de r. c. 12, 1; vgl. ferner l. 52. § 21. l. 66. § 4. D. de furt. 47, 2. — [10] l. 9. pr. D. de c. e. 18, 1; l. 57. D. de o. et a. 44, 7; l. 83. § 1. l. 137. § 1. D. de v. o. 45, 1; § 23. I. de inut. st. 3, 19. — [11] l. 14. § 3. D. de in diem add. 18, 2; l. 48. § 3. D. de her. inst. 28, 5; l. 33. pr. D. de cond. 35, 1; l. 4. C. de test. 6, 23; § 29. I. de leg. 2, 20. — [12] l. 9. § 1. l. 34. pr. D. de c. e. 18, 1; l. 80. D. de jud. 5, 1; l. 32. D. de v. o. 45, 1; l. 4. pr. D. de leg. 1. (30); l. 28. D. de reb. dub. 34, 5. — [13] l. 3. § 7. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 52. l. 65. § 2. D. de cond. ind. 12, 6. — [13a] l. 17. § 2. l. 72. § 6. D. de cond. 35, 1; § 31. I. de leg. 2, 20; l. 1. C. de falsa causa adi. 6, 44. — [14] cf. l. 1. § 1. D. de auct. tut. 26, 8.

2) § 51. Die Motive des Willens: Irrthum (Betrug) und Furcht.

Richelmann, der Einfluß des Irrthums auf Verträge. 1837. — Schliemann, die Lehre vom Zwang. 1861. — Schloßmann, zur Lehre vom Zwange. 1874. — Savigny, §§ 114. 115. Beilage 8. — Vangerow, §§ 82—84.

Es ist im § 50 Note 13 bemerkt worden, daß die Motive, durch welche der Handelnde zur Vornahme des Rechtsgeschäfts bewogen worden ist, im Allgemeinen ohne Einfluß auf das Rechtsgeschäft sind; denn welches auch die Motive gewesen sein mögen: immer ist ein Wille entstanden, welcher sich in dem Rechtsgeschäft verkörpert hat. In zwei Gruppen von Motiven tritt jedoch häufig eine andere Beurtheilung des Rechtsgeschäfts ein: 1) wenn das Motiv auf einem Irrthum (welchem die Unwissenheit gleichsteht) beruhte, 2) wenn es in einer durch Drohungen erregten Furcht bestand.

I. Irrthum im Motiv. Derselbe ist vom sog. wesentlichen Irrthum (§ 50) durchaus verschieden; in den Fällen des wesentlichen Irrthums wird das vorliegende Rechtsgeschäft von dem Irrenden nicht gewollt, in den Fällen des Irrthums im Motiv wird das Rechtsgeschäft vom Irrenden gewollt, aber irrthümliche Motive haben ihn dazu veranlaßt. — Der Irrthum im Motiv wird hauptsächlich [1] in folgenden Fällen berücksichtigt:

1. Dort wo der Irrthum im Motiv der einzige Bestimmungsgrund für den Handelnden ist, mithin die Voraussetzung des Rechtsgeschäfts bildet (§ 60. II). Doch sind hier lucrative und nicht lucrative Rechtsgeschäfte zu unterscheiden:

a. Lucrative Rechtsgeschäfte (Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Schenkungen) sind bei falscher Voraussetzung stets anfechtbar; so namentlich die Erbeinsetzung dann, wenn der Erblasser den Eingesetzten irrthümlich für sein Kind oder seinen Bruder hielt [2]; ferner die Erbeinsetzung eines Fremden dann, wenn der Testator irrthümlich keine eigenen Kinder zu haben glaubte [3]; die Errichtung eines zweiten Testaments dann, wenn der Testator den in seinem früheren Testament eingesetzten Erben irrthümlich für verstorben hielt [4]; die Enterbung des Sohnes dann, wenn der Testator irrthümlich ihn nicht für seinen Sohn hielt [5]; das Vermächtniß einer Sache dann, wenn der Erblasser sie irrthümlich für seine eigene hielt [6]; die Meinung eines Bräutigams, welcher seine Braut beschenkt, daß er die Ehe mit ihr eingehen werde [7]; der Glaube desjenigen, welcher eine Schenkung von Todeswegen macht, daß er vor dem Beschenkten sterben oder daß er eine drohende Lebensgefahr nicht überstehen werde [8]. — In allen diesen Fällen ist die Art des Irrthums gleichgiltig d. h. es kommt nichts darauf an, ob der Irrthum entschuldbar war oder nicht (s. unter b.).

---

[1] Vergl. noch l. 2. pr. D. si quis ordo 38, 15; l. 15. § 5. D. quod vi 43, 24; l. 6. D. de cal. 3, 6; l. 55. D. de aed. ed. 21, 1; l. 19. l. 22. § 2. C. de jure del. 6, 30. — [2] l. 5. C. de test. 6, 23; l. 4. l. 7. C. de her. inst. 6, 24. — [3] l. 28. D. de inoff. test. 5, 2; l. 9. l. 10. C. de test. mil. 6, 20. — [4] l. 92. D. de her. inst. 28, 5. — [5] l. 14. § 2. l. 15. D. de lib. et post. 28, 2. — [6] l. 67. § 8. D. de leg. 2. (31); l. 10. C. de leg. 6, 37; § 4. I. de leg. 2, 20. — [7] l. 15. C. de don. ante nupt. 5, 3. — [8] l. 14. l. 24. l. 35. §§ 2. 3. l. 39. l. 44. D. de m. c. don. 39, 6.

b. Bei nicht lucrativen Rechtsgeschäften ist die Anfechtung wegen falscher Voraussetzung nur in einigen wenigen Fällen zulässig: nämlich die Zahlung einer Nichtschuld (mit der condictio indebiti, § 281), der Kauf einer mangelhaften Sache (mit den ädilicischen Klagen, § 289), sowie einige Fälle, in welchen die in integrum restitutio auf Grund eines Irrthums ertheilt wird (§ 107). Die Anfechtung ist nur dann zulässig, wenn der Irrthum entschuldbar war; in dieser Beziehung ist schon in § 10 bemerkt worden, daß der Rechtsirrthum in der Regel unentschuldbar ist; auch sind dort die Ausnahmen von der Regel angegeben worden. Hier ist hinzuzufügen, daß der Irrthum über Thatsachen (error facti) entschuldbar ist, außer wenn er auf großer Nachlässigkeit beruht[9]; unentschuldbar ist also der Irrthum über eigene Handlungen des Anfechtenden (sog. error facti proprii[10]), ferner die Unkenntniß von allgemein bekannten Thatsachen[11].

2. Dort, wo der Irrthum durch einen Betrug der Gegenpartei hervorgerufen worden ist. Es sind nämlich alle Rechtsgeschäfte, sowohl die lucrativen als die nicht lucrativen, wenn bei ihrer Abschließung der Handelnde absichtlich (dolo malo[12], dolose, betrügerisch) in einen Irrthum versetzt worden ist, mangelhaft zu Stande gekommen[13], und es kann der Betrogene, falls die Gegenpartei selbst des Betruges schuldig ist, das Rechtsgeschäft anfechten; er kann demgemäß entweder der Klage der Gegenpartei die exceptio doli entgegensetzen[14] (bei den Neueren exc. doli specialis genannt im Gegensatz zur exc. doli generalis, § 92), oder er kann selbst auf Aufhebung des Rechtsgeschäfts und auf Schadenersatz klagen[15]. Hat sich ein Dritter des Betruges schuldig gemacht, so findet regelmäßig nur die Klage auf Schadenersatz gegen den Betrüger statt[16]. Die Klage des Betrogenen hat einen verschiedenen Namen; bald ist es die Klage aus dem Rechtsgeschäft (so bei den bonae fidei negotia, § 84 Nr. 5) bald die in integrum restitutio (§ 108) bald die actio doli (§ 318). — Frühere und auch einige heutige Juristen sind der Meinung, daß ein die Abschließung eines bonae fidei negotium herbeiführender Betrug (sog. dolus causam dans) die völlige Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge habe, und in der That scheinen einige Quellenzeugnisse[17] diese Meinung zu bestätigen; allein man muß vielmehr annehmen, daß dieselben nachlässig gefaßt sind, da sonst ein Widerspruch mit anderen Quellenzeugnissen[18] entstände. —

3. Zuweilen wird ein im Irrthum vorgenommenes Rechtsgeschäft, obgleich es ihm zu seiner Giltigkeit an einem Erforderniß mangelt, wegen des Irrthums für vollgiltig angesehen; so das Darlehen an einen Haus-

---

[9] l. 9. § 2. l. 3. § 1. l. 6. D. de juris et facti ign. 22, 6; l. 3. pr. D. de sct. Mac. 14, 6. — [10] l. 3. pr. D. de juris et facti ign. 22, 6; l. 7. D. ad sct. Vell. 16, 1; l. 5. § 1. D. pro suo 41, 10. — [11] l. 9. § 2. D. de juris et facti ign. 22, 6. — [12] l. 1. § 2. D. de dol. 4, 3; l. 7. §§ 9, 10. D. de pact. 2, 14; l. 43. § 2. D. de c. e. 18, 1. — [13] tt. D. 4, 3; C. 2, 21: de dolo malo. — [14] t. D. 44, 4: de doli mali et metus exceptione. — [15] l. 11. § 5; l. 13. § 4. D. de a. e. v. 19, 1; l. 12. § 1. D. de j. d. 23, 3. — [16] l. 8. D. h. t. 4, 3; l. 2. D. de pron. 50, 14. — [17] l. 7. pr. D. h. t. 4, 3; l. 16. § 1. D. de min. 4, 4; l. 3. § 3. D. pro soc. 17, 2. — [18] l. 11. § 5. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. l. 8. l. 10. C. de resc. vend. 4, 44; l. 10. C. de distr. p. 8, 28.

sohn, die Intercession einer Frau, wenn der Gläubiger nicht wußte, daß der Schuldner ein Haussohn sei resp. daß die Frau intercedire[18a]. Oder das Rechtsgeschäft wird zwar nicht für vollgiltig, aber doch für eine Mittelstufe zwischen dem giltigen und ungiltigen Rechtsgeschäft angesehen; so der redliche Besitz dessen, welcher die Mängel der Erwerbsart der Sache nicht kennt, die putative Ehe (§§ 128 a. E. 361). — Auch hier wird vorausgesetzt, daß der Irrthum ein entschuldbarer war.

Die obige Darstellung ergiebt, daß die Redewendung der Quellen: nulla voluntas errantis und ähnliche[19] als allgemeine Regel unrichtig ist; dieselbe bedeutet vielmehr nur, daß in solchen Fällen, in denen ohne die Concurrenz eines Irrthums eine sog. concludente Handlung vorliegen würde (§ 62 Note 9—14), wegen des Irrthums die Annahme einer solchen unzulässig ist; so liegt z. B. darin, daß sich ein Verklagter bei dem incompetenten Gericht auf die Klage einläßt, weil er es irrthümlich für das competente hält, noch keine tacita prorogatio fori; ferner wenn Jemand mit Hinterlassung eines nichtigen Testaments verstorben ist, und der Intestaterbe die in dem Testament freigelassenen Sklaven als Freie bezeichnet, weil er es irrthümlich für giltig hält, so liegt darin keine Freiheitsertheilung an die Sklaven u. dgl. m.

II. Durch Drohungen erregte Furcht (metus, sog. vis compulsiva, psychische Gewalt, psychologischer Zwang[20]). Dieselbe ist von der physischen Gewalt (§ 50 unter III) durchaus verschieden; in dem Falle der physischen Gewalt wird das Rechtsgeschäft von dem Bewältigten nicht gewollt; wird hingegen Jemand durch Drohungen in Furcht versetzt und dadurch zur Vornahme eines ihm nachtheiligen[21] Rechtsgeschäfts bewogen, so ist das Rechtsgeschäft sein Wille: coactus voluit[22], denn er hatte die Wahl, ob er dem Verlangen des Drohenden nachkommen oder ob er das angedrohte Uebel über sich ergehen lassen wollte, und er wählte das Erstere. In Folge dessen ist das Rechtsgeschäft nach altem Civilrecht durchaus giltig; erst im Prätorischen Recht ward es, weil die Billigkeit es verlangt, für anfechtbar erklärt unter der doppelten Voraussetzung: a. daß ein bedeutendes Uebel angedroht wird, d. h. wenn Leben, Leib, Freiheit[23] des Handelnden selbst oder seiner nahen Angehörigen[24], nicht aber wenn ihr guter Ruf[25] oder ihr Vermögen bedroht wird; insbesondere ist die Drohung mit Civil- oder Criminalprocessen nicht hinreichend[26]; b. daß die Verwirklichung der Drohung in der Macht des Drohenden lag, der Bedrohte also sich nicht einer unwürdigen Furchtsamkeit hingab[27]. — Die Anfechtung des Rechtsgeschäfts kann auf verschiedene Weise geschehen; es kann der Bedrohte entweder der Klage der

---

[18a] l. 3. pr. § 1. l. 19. ad sct. Mac. 14, 6; l. 6. l. 7. l. 12. l. 17. pr. § 1. D. ad sct. Vell. 16, 1. — [19] l. 15. D. de jurisd. 2, 1; l. 2. pr. D. de jud. 5, 1; l. 20. D. de aqua pl. 39, 3; l. 116. § 2. D. de r. j. 50, 17; l. 8. l. 9. C. de juris et facti ign. 1, 18. — [20] t. D. 4, 2: quod metus causa gestum erit.; t. C. 2, 20: de his quae vi metusve causa gesta sunt. — [21] l. 12. § 2. l. 14. pr. D. h. t. 4, 2. — [22] l. 21. § 5. D. h. t. 4, 2; l. 22. D. de r. n. 23, 2. — [23] l. 3. § 1; l. 4. l. 5. l. 7. § 1. l. 8. l. 22. l. 23. § 1. D. h. t. 4, 2; l. 3. l. 10. C. h. t. 2, 20. — [24] l. 8. § 3. D. h. t. 4, 2. — [25] l. 7. pr. D. h. t. 4, 2. — [26] l. 7. pr. D. h. t. 4, 2; l. 10. C. h. t. 2, 20. — [27] l. 6. l. 7. pr.; l. 9. pr. D. h. t. 4, 2; l. 184. D. de r. j. 50, 17.

Gegenpartei aus dem Rechtsgeschäft die exceptio metus entgegensetzen[28] oder er kann selbst die Aufhebung des Rechtsgeschäfts und den Schadenersatz verlangen und zwar theils mit der Klage aus dem Rechtsgeschäft (so bei den bonae fidei negotia), theils mit der prätorischen actio quod metus, theils mit der in integrum restitutio (§§ 84. 106. 317). Die Anfechtung kann der Bedrohte nicht bloß gegenüber dem Gewaltthätigen und seinen Successoren, sondern auch gegenüber jedem in Folge der Drohung Bereicherten verlangen; es ist daher z. B. gleichgiltig, ob durch die Drohung des Hauptschuldners oder durch die des Bürgen der Gläubiger seine Forderung (an Beide durch Acceptilatio) erläßt[29]; man drückt dies gewöhnlich so aus: die actio und exceptio metus sind in rem scriptae (§ 80). — Frühere und auch einige heutige Juristen sind der Meinung, daß eine die Abschließung eines bonae fidei negotium herbeiführende Drohung (sog. metus causam dans) die völlige Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge habe; in der That werden in den Quellen einige durch Drohungen herbeigeführte Rechtsgeschäfte auffallender Weise für nichtig erklärt; so das Dotalversprechen, die Freilassung eines Sklaven[30]; aber gerade diese Fälle gehören nicht zu den bonae fidei negotia.

3) Selbstbeschränkung des Willens.

Vorbemerkung.

Der das Rechtsgeschäft hervorrufende Wille kann sich selbst beschränken, d. h. es können Bestimmungen getroffen werden, in Folge deren der Wille nicht rein in sich besteht (negotium purum[1]), sondern mit außerhalb seiner liegenden Verhältnissen in Verbindung gebracht wird. Solche Verhältnisse sind ungewisse Umstände, an welche der Wille sich hängt, Zeitverhältnisse und Ziele. Danach unterscheidet man die Bedingung (condicio), die Zeitbestimmkung (dies) und die Maßgabe (modus).

a. Bedingungen.

α. § 52. Begriff und nähere Bestimmung.

v. Scheurl, die Lehre von den Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte. 1871. — Savigny, §§ 116. 117. — Vangerow, § 93.

Im untechnischen Sinne bedeutet Bedingung (condicio) jede bei einem Rechtsgeschäft getroffene Bestimmung[2]; im technischen Sinne bedeutet sie diejenige bei einem Rechtsgeschäft getroffene Bestimmung, durch welche der Wille des Handelnden von einem ungewissen Umstande abhängig gemacht wird. Auch der ungewisse Umstand selbst wird Bedingung (condicio) genannt. Die Merkmale der Bedingung sind hiernach folgende:

1) Die Bedingung ist eine Bestimmung d. h. eine willkürliche Anordnung der handelnden Personen. Es giebt Rechtsgeschäfte, welche

[28] t. D. 44, 4: de doli mali et metus exceptione. — [29] l. 9. §§ 1. 8. l. 10. pr.; l. 14. §§ 3. 5. D. h. t. 4, 2; l. 4. § 33. D. de dol. exc. 44, 4. — [30] l. 21. § 3. D. h. t. 4, 2; l. 9. pr. l. 17. pr. D. qui et a quibus manum 40, 9; fr. Dosith. § 7.

[1] l. 213. pr. D. de v. s. 50, 16. — [2] l. 10. § 1. D. de l. Rhod. 14, 2; l. 1. D. de in diem add. 18, 2.

ihrer Natur[3] oder der Natur ihres Objects[4] nach von einem ungewissen Umstand abhängen; so die Erbeinsetzung davon, daß der Eingesetzte den Testator überlebt; die Dosbestellung vor der Ehe davon, daß die Ehe eingegangen wird; der Verkauf einer zukünftigen Sache davon, daß diese entsteht. Solche ungewisse Umstände heißen in den Quellen condiciones tacitae, quae tacite insunt, quae extrinsecus veniunt[4a], bei den Neueren auch condiciones iuris[5]; sie sind keine Bedingungen[6] (s. hierzu § 57 unter I).

2) Die Bedingung ist eine bei einem Rechtsgeschäft getroffene Bestimmung, und zwar kann sie bei irgend einem Rechtsgeschäft, sowohl bei dem unter Lebenden als dem von Todeswegen, sowohl bei dem einseitigen als dem zweiseitigen, sowohl bei dem entgeltlichen als dem unentgeltlichen getroffen werden. Nur wenige Rechtsgeschäfte lassen eine Bedingung nicht zu; vgl. § 58.

3) Durch die Bedingung wird der Wille von einem Umstande abhängig gemacht, d. h. der Wille, von welchem das Rechtsgeschäft getragen wird, existirt zwar schon, aber er existirt, weil er sich an einen ungewissen Umstand gehängt hat, nur in beschränkter Weise, nur für einen oder bis zu einem jetzt noch ungewissen Fall. In Folge dieses Zustandes des Willens ist das Rechtsverhältniß, welches der Wille in sich birgt, von dem ungewissen Umstande abhängig; es befindet sich bis zu dessen Eintritt oder Ausbleiben in einem schwebenden Zustande. Anders das Rechtsgeschäft; dieses, der bloße äußere Act, in welchem der Wille sich offenbart, m. a. W. die Willenserklärung ist vorhanden, gleichviel welches die Art des Willens sei; daraus folgt z. B., daß, wenn Jemand nach Errichtung eines Testaments später ein zweites errichtet, worin er eine bedingte Erbeinsetzung erklärt, das erste Testament auf alle Fälle, also selbst dann nichtig ist, wenn das zweite Testament wegen Ausfallens der Bedingung nichtig wird[7]; denn die Thatsache, daß ein zweites Testament errichtet ist, bleibt trotz des Ungiltigwerdens des zweiten Testaments bestehen. — Im Uebrigen ist die Abhängigkeit des Willens von dem ungewissen Umstande in doppelter Weise möglich; entweder hängt davon das Eintreten des unbeschränkten Willens (sein Wirksamwerden) oder die Fortdauer des Willens (sein Wirksambleiben) ab; überträgt man diesen Unterschied auf das Rechtsverhältniß selbst, so wird entweder die Existenz eines Rechtsverhältnisses oder seine Vernichtung (sein Bestand) von einem Umstande abhängig gemacht; im ersteren Fall spricht man von einer aufschiebenden Bedingung, Suspensivbedingung (negotium condicione suspenditur[8]), im letzteren Falle von einer auflösenden Bedingung, Resolutivbedingung (negotium sub condicione resolvitur[9]).

---

[3] l. 19. § 1. l. 69. l. 99. l. 107. D. de cond. 35, 1; l. 22. § 1. D. quando dies 36, 2; l. 12. D. de cond. inst. 28, 7; l. 21. l. 68. D. de j. d. 23, 3. — [4] l. 1. § 3. D. de cond. 35, 1; l. 25. § 1. D. quando dies 36, 2. — [4a] l. 99. D. de cond. 35, 1; l. 21. l. 68. D. de i. d. 23, 3. — [5] Nach l. 21. D. de cond. 35, 1; l. 43. § 10. D. de aed. ed. 21, 1. — [6] l. 1. § 3. D. de cond. 35, 1; l. 25. § 1. D. quando dies 36, 2; l. 68. D. de j. d. 23, 3. — [7] l. 16. D. de inj. 28, 3. — [8] l. 79. pr. D. de cond. 35, 1; l. 5. C. de per. 4, 48; l. 25. C. de don. 8, 54. — [9] l. 2. pr. D. de in diem add. 18, 2; l. 1. D. de l. comm. 18, 3; l. 2. § 3. D. pro emt. 41, 4; l. 3. D. de c. e. 18, 1.

4) Der Umstand, von welchem der Wille abhängig gemacht wird (auf welchen die Bedingung gestellt wird), kann mannichfach sein:

a. er kann positiv oder negativ sein, d. h. es kann von seinem Eintreten oder von seinem Nichteintreten der Wille abhängen[10]; danach theilt man die Bedingungen in positive (oder affirmative) und in negative;

b. es kann sein Eintreten lediglich von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängen oder hievon völlig unabhängig oder endlich beides zugleich sein, und danach theilt man die Bedingungen in condiciones potestativae, casuales, mixtae[11]. Der Ausdruck cond. casualis ist unpassend, weil hieher nicht bloß die vom Zufall abhängige Bedingung gehört, sondern auch diejenige, welche von der Willkür des bedingt Verpflichteten oder eines Dritten abhängt. Dabei ist zu bemerken, daß auf die bloße Willkür Desjenigen, der etwas leisten soll, die Bedingung nicht gestellt werden kann; mit anderen Worten: das Versprechen „centum dare spondes, si voles? spondeo“ ist nichtig[12], denn es enthält die Erklärung: ich will verpflichtet sein, wenn ich später wollen werde. Wohl aber kann das Versprechen Desjenigen, der etwas leisten soll, auf eine Handlung gestellt werden, deren Vornahme völlig von seiner Willkür abhängt; m. a. W.: das Versprechen „centum dare spondes, si Capitolium ascenderis? spondeo“ ist giltig[13] (vgl. § 396 unter I. 1).

c. Immer aber muß der Umstand ein ungewisser sein, daher ist keine eigentliche Bedingung:

α. die nothwendige Bedingung (condicio quae omnimodo exstitura est[14]) z. B. der Tod einer Person. Hieher gehören auch die sog. negativ unmöglichen Bedingungen z. B. das Versprechen auf den Fall „si coelum digito non attigeris“, ferner der Fall, daß ein Schuldner seinen Gläubiger zum alleinigen Erben unter der Bedingung einsetzt, daß er die Schuld nie einziehen werde[15]; die Quellen hingegen nennen die negativ unmögliche Bedingung eine cond. impossibilis[15a], vgl. § 57 unter II;

β. die unmögliche Bedingung (condicio impossibilis), d. h. ein Umstand, von welchem es objectiv gewiß (der handelnden Person aber vielleicht unbekannt) ist, daß er nicht eintreten werde[16]; vgl. § 57 unter IV;

γ. die Bedingung, welche auf einen der Gegenwart oder der Vergangenheit angehörigen Umstand gestellt ist (condicio in praesens vel in praeteritum collata) z. B. das Versprechen auf den Fall „si rex Parthorum vivit, si Titius consul fuit“[17]. Vgl. § 57 unter III.

Die oben aufgeführten stillschweigenden, nothwendigen, unmöglichen,

---

[10] l. 7. pr. l. 67. D. de cond. 35, 1; l. 7. D. de v. o. 45, 1. — [11] l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51; l. 4. D. de her. inst. 28, 5; l. 1. § 8. D. si quis om. c. 29, 4; l. 78. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 28. D. de cond. inst. 28, 7; l. 6. C. de nec. her. 6, 27. — [12] l. 8. D. de o. et a. 44, 7; l. 17. l. 46. § 3; l. 108. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 7. pr. D. de c. e. 18, 1; l. 13. C. de c. e. 4, 38; l. 43. § 2. D. de leg. 1. (30); l. 11. § 7. D. de leg. 3. (32); l. 46. § 3. D. de fid. lib. 40, 5. — [13] l. 3. D. de leg. 2. (31); l. 27. § 1. l. 115. § 1. l. 121. § 1. D. de v. o. 45, 1. — [14] l. 9. § 1. D. de nov. 46, 2. — [15] l. 7. l. 8. D. de v. o. 45, 1; l. 4. § 1. l. 20. pr. D. de cond. inst. 28, 7. — [15a] Vgl. die in Note 15 citirten l. 7. l. 4. § 1. l. 20. pr.; hingegen l. 7. § 1. D. de cond. 37, 1. scheint abweichend. — [16] l. 31. D. de o. et a. 44, 7. — [17] l. 120. D. de v. o. 45, 1; § 6. I. de v. o. 3, 15; l. 10. § 1. D. de cond. inst. 28, 7.

auf die Gegenwart oder Vergangenheit bezogenen Bedingungen nennt man uneigentliche, unechte, Scheinbedingungen — im Gegensatz zu den eigentlichen, echten, wahren Bedingungen.

β. Die wahren Bedingungen.

aa. Die Suspensivbedingung.

αα. § 53. Während der schwebenden Bedingung.

Enneccerus, über den Begriff und die Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins. 1872. — Wendt, die Lehre von den bedingten Rechtsgeschäften. 1872; ders. das bedingte Forderungsrecht. 1873. — Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. § 13 ff. — Savigny, § 120. — Vangerow, § 95.

Die Suspensivbedingung ist eine solche, vermöge welcher die Existenz eines Rechtsverhältnisses von einem ungewissen Umstand abhängig gemacht wird. — Es ist das Charakteristische jeder echten Bedingung, daß sie, so lange sie schwebt (condicio pendet), einen ungewissen Zustand hervorruft; aus dem unter einer Suspensivbedingung abgeschlossenen Rechtsgeschäft entspringt demnach zwar kein fertiges Rechtsverhältniß, wohl aber die Möglichkeit eines solchen. Dieser Satz bedarf der Erläuterung.

1. Es entspringt kein fertiges Rechtsverhältniß. Wenn daher eine Sache zu Eigenthum unter einer Suspensivbedingung übergeben worden ist, so ist der Empfänger gegenwärtig noch nicht Eigenthümer [1]; auch kann er, wenn der Uebertragungsact an einem Mangel leidet, gegenwärtig noch nicht die Ersitzung der Sache beginnen [2]. Wer ferner ein obligatorisches Versprechen unter einer Bedingung entgegengenommen, hat gegenwärtig noch keine Forderung und keine Klage auf Leistung [3], und wird ihm das Versprochene aus entschuldbarem Irrthum schon jetzt geleistet, so kann das Geleistete (mit der condictio indebiti) zurückgefordert werden [4]; insbesondere hat bei einem unter einer Suspensivbedingung abgeschlossenen Kaufvertrag die Gefahr der Sache der Verkäufer zu tragen, während sie bei perfektem Kauf bei dem Käufer ist [5]. In einer Stelle [6] wird ein Unterschied zwischen dem suspensiv bedingten Vertrage und Vermächtniß gemacht, und dem Berechtigten bei dem ersteren die Eigenschaft eines Gläubigers beigelegt; allein dies bezieht sich bloß darauf, daß zwar wegen bedingter Vertragsforderungen, nicht aber wegen bedingter Vermächtnißforderungen eine alienatio in fraudem creditorum facta angefochten werden kann [7] (§ 235).

2. Es entspringt die Möglichkeit eines fertigen Rechtsverhältnisses, und diese hat schon gegenwärtig Bedeutung sowohl für Den, zu dessen Gunsten, als für Den, zu dessen Lasten das suspensiv bedingte Rechtsgeschäft lautet. Das Vermögen Desjenigen, zu dessen Gunsten es lautet, ist bereits gegenwärtig um die Hoffnung auf einen späteren Erwerb (spes)

---

[1] l. 29. D. de m. c. don. 39, 6; l. 12. § 2. D. fam. erc. 10, 2. — [2] l. 8. pr. D. de per. 18, 6; l. 2. § 2. D. pro emt. 41, 4; l. 1. § 2. D. pro dote 41, 9. — [3] l. 13. § 5. D. de pign. 20, 1. — [4] l. 16. l. 18. l. 44. l. 56. D. de c. i. 12, 6. — [5] l. 8. pr. D. de per. 18, 6. — [6] l. 42. pr. D. de o. et a. 44, 7. — [7] l. 27. pr. D. qui et a quibus 40, 9.

vergrößert[8]; diese Hoffnung ist bei Geschäften unter Lebenden vererblich[9], bei Geschäften von Todeswegen ist sie unvererblich[10]. Ist die künftige Realisirung der Hoffnung durch die Gegenpartei gefährdet, so kann Cautionsleistung gefordert werden[11]. — Derjenige, zu dessen Lasten das suspensiv bedingte Rechtsgeschäft lautet, ist bereits gegenwärtig gebunden; zwar ist er, wenn er z. B. eine Sache zu Eigenthum unter einer Suspensivbedingung übergeben hat, gegenwärtig noch Eigenthümer, und ihm allein stehen die Eigenthumsklagen zu[11a], allein seine Verfügungen über die Sache (gänzliche Veräußerung, Belastung mit dinglichen Rechten u. s. w.) haben an der Hoffnung des Berechtigten ihre Grenze und gelten also nur bis zu dem Augenblick, in welchem diese Hoffnung sich realisirt[12]; ja solche Verfügungen, welche wenn einmal getroffen nicht mehr rückgängig werden können (z. B. Freilassung eines Sklaven, Umwandlung eines Grundstücks in eine Grabstätte), kann er überhaupt nicht treffen[12a]. Stirbt der Tradent, so sind auch seine Erben an das Rechtsgeschäft gebunden[13]. Ebenso ist Derjenige, welcher unter einer Suspensivbedingung ein Versprechen abgegeben hat, vorläufig zwar noch nicht Schuldner und kann also nicht auf Erfüllung verklagt werden[14], aber er ist doch an sein Versprechen gebunden; auch seine Erben sind es[15]. Endlich ist derjenige Gläubiger, welcher seine Forderung unter einer Suspensivbedingung novirt hat, vorläufig noch Gläubiger aus der alten Obligation, allein er kann gegenwärtig nicht die Erfüllung derselben verlangen[16], weil darin eine völlige Ignorirung des Novationsgeschäfts liegen würde.

ββ. § 54. Die erfüllte resp. ausgefallene Suspensivbedingung.

Savigny, §§ 118. 119. — Vangerow, §§ 94. 435.

Der Zustand der schwebenden Bedingung ist ein vorübergehender; er endet entweder mit der Erfüllung oder mit dem Ausfallen der Bedingung. Dabei entstehen zwei Fragen:

I. wann ist die Bedingung ausgefallen resp. erfüllt?

II. welches sind die Wirkungen der ausgefallenen resp. erfüllten Bedingung? (§ 55.)

I. **Das Ausfallen resp. die Erfüllung der Bedingung** hängt von dem Inhalt des Umstandes an, auf welchen sie gestellt ist, also davon, ob sie positiv oder negativ, ob sie potestativ, casuell oder gemischt ist. Allgemeine Regeln lassen sich hierüber kaum geben; es genüge die Bemerkung, daß negative Bedingungen erst dann erfüllt sind, wenn der

---

[8] § 4. I. de v. o. 3, 15; cf. l. 54. D. de v. s. 50, 16. — [9] § 4. I. de v. o. 3, 16; § 25. I. de inut. st. 3, 19; l. 8. pr. D. de per. et comm. 18, 6. — [10] l. 5. § 2. D. quando dies 36, 2; l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51. — [11] l. 1. §§ 3. 4. 20. l. 5. pr. § 2. l. 10. D. ut leg. 36, 3; l. 16. pr. D. de h. p. 5, 3; l. 41. D. de jud. 5, 1; l. 38. pr. D. pro soc. 17, 2; l. 13. § 5. D. de pign. 20, 1; cf. l. 40. D. de l. Aq. 9, 2. — [11a] l. 29. D. de m. c. d. 39, 6. — [12] l. 11. § 1. D. qu. serv. am. 8, 6; l. 105. D. de cond. 35, 1. — [12a] l. 34. D. de rel. 11, 7; 16. 11. D. de manum. 40, 1; l. 105. D. de cond. 35, 1. — [13] l. 2. § 5. D. de don. 39, 5; freilich widerspricht die l. 9. § 1. D. de j. d. 23, 3; diese Antinomie ist noch nicht gelöst. — [14] l. 13. § 5. D. de pign. 20, 1. — [15] l. 25. I. de inut. st. 3, 19; l. 36. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 18. pr. D. de per. 18, 6; l. 57. D. de v. o. 45, 1. — [16] l. 36. D. de r. c. 12, 1; l. 80. l. 83. D. de j. d. 23, 3; l. 60. § 1. D. de c. i. 12, 6.

Umstand, auf dessen Nichteintreten die Bedingung gestellt ist, unmöglich geworden ist[1]. — In einigen Fällen gilt die Bedingung als erfüllt, trotzdem sie es in Wahrheit nicht ist (richtiger: es wird von der Erfüllung der Bedingung abgesehen):

1. Bei allen Rechtsgeschäften gelten alle Bedingungen als erfüllt, wenn derjenige, welcher an der Nichterfüllung der Bedingung Interesse hat, doloser Weise[2] (genauer: in einer dem Sinne des Rechtsgeschäfts zuwiderlaufenden Weise) ihre Erfüllung verhindert[3].

2. Bei letztwilligen Verfügungen gelten gemischte Bedingungen als erfüllt, wenn derjenige Dritte, dessen Mitwirkung zu ihrer Erfüllung nöthig ist und in dessen Interesse die Bedingung gestellt ist, seine Mitwirkung versagt; so die Bedingung Jemandem etwas zu geben, wenn dieser die Annahme verweigert; die Bedingung eine Frau zu heirathen, wenn diese in die Ehe nicht willigt und dgl. mehr[4]. Grund der Fiction der Erfüllung ist, daß, hätte der Testator die Weigerung des Dritten vorausgesehen, er die Bedingung wahrscheinlich nicht gestellt hätte; daher gilt die Bedingung als ausgefallen, wenn ein anderer Wille des Testators erkennbar ist[5].

Viele Juristen dehnen die Fiction der Erfüllung aus, indem sie behaupten (und eine Stelle im Canonischen Rechtsbuch[6] spricht dies allerdings aus), daß die potestative und gemischte Bedingung bei allen Rechtsgeschäften als erfüllt gelte, wenn der bedingt Berechtigte zu ihrer Erfüllung bereit gewesen, die Nichterfüllung aber ohne seine Schuld eingetreten sei, z. B. wenn die Bedingung, einem Dritten etwas zu geben oder ihn zu heirathen, durch dessen vorherigen Tod nicht erfüllt werden kann. In dieser Ausdehnung fingirt das Römische Recht die Erfüllung der Bedingung nur in einem, heut unpraktischen Fall: wenn einem Sklaven die Freiheit unter einer gemischten Bedingung hinterlassen ist; es wird der Sklave z. B. bei der Bedingung einem Dritten etwas zu geben, auch dann frei, wenn er zum Geben bereit, der Dritte aber bereits verstorben ist[7]. Dieser Fall hat in der besonderen Begünstigung der Freiheit seinen Grund (§ 63); für die Ausdehnung auf andere Fälle spricht zwar ein Quellenzeugniß[8], wonach ein Vermächtniß, welches Jemandem unter der Bedingung der Freilassung seines Sklaven hinterlassen ist, dann gilt, wenn die Freilassung durch den Tod des Sklaven unmöglich geworden ist; allein dieses Quellenzeugniß muß außer Acht bleiben, weil ihm andere widersprechen[9].

---

[1] § 4. I. de v. o. 3, 15; l. 7. pr. l. 73. l. 103. l. 106. D. de cond. 35, 1; l. 115. §§ 1. 2. D. de v. o. 45, 1. — [2] l. 38. D. de statul. 40, 7; l. 50. D. de contr. emt. 18, 1. — [3] l. 161. D. de r. j. 50, 17; l. 24. l. 66. l. 81. l. 110. D. de cond. 35, 1; l. 85. § 7. D. de v. o. 45, 1; l. 50. D. de c. e. 18, 1; l. 5. § 5. D. quando dies 36, 2; l. 3. l. 4. § 4. l. 20. l. 23. § 1. l. 34. § 1. D. de statul. 40, 7; l. 3. § 9. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4. — [4] l. 5. § 5. D. quando dies 36, 2; l. 19. l. 31. l. 78. pr. D. de cond. 35, 1; l. 11. l. 23. D. de cond. inst. 28, 7; l. 34. § 2. D. de leg. 2. (31); l. 1. C. de his quae sub modo 6, 45. — [5] l. 23. D. de cond. inst. 28, 7. — [6] c. 66. in VI. de r. j. 5, 12. — [7] l. 20. §§ 3. 4. l. 19. l. 3. pr. §§ 8. 10. 11. l. 4. §§ 2. 5. 6. l. 5. pr. l. 28. pr. l. 39. § 4. D. de statulib. 40, 7; l. 55. pr. §§ 1. 2. D. de man. test. 40, 4; l. 94. pr. § 1. D. de cond. 35, 1. — [8] l. 54. § 2. D. de leg. 1. (30). — [9] l. 23. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 31. l. 94. pr. i. f. l. 112. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 4. C. de cond. ins. 6, 46.

γγ. § 55. Die Wirkungen der ausgefallenen resp. erfüllten Suspensiv-Bedingung.

Vgl. die zu § 53 citirten Schriften, ferner: Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. 1852. — Fitting, über den Begriff der Rückziehung. 1856. — Savigny, § 120. — Vangerow, § 95.

II. **Die Wirkung der ausgefallenen Suspensivbedingung** (condicio deficiens, exstincta) besteht darin, daß die Hoffnung des bedingt Berechtigten verschwindet; die Verhältnisse sind demnach so zu ordnen, wie wenn die Hoffnung nicht bestanden hätte[1]. **Die Wirkung der erfüllten Suspensivbedingung** (condicio impleta, expleta, existens) besteht darin, daß an die Stelle der Hoffnung sofort (ipso iure) das Recht selbst tritt: wer eine Sache bedingt zu Eigenthum empfangen hat, wird ipso iure Eigenthümer, die bisher bedingte Obligation wird perfect u. s. w.[2]; andererseits hört das Eigenthum Desjenigen, welcher eine Sache unter einer Suspensivbedingung veräußerte, sowie die von ihm in der Zwischenzeit bestellten dinglichen Rechte ipso iure auf (vgl. § 128 unter V). Sehr streitig aber ist es in unserer Zeit geworden, ob es nach erfüllter Suspensivbedingung so gehalten werden solle, als wenn die Wirkungen der Erfüllung sofort beim Abschluß des Rechtsgeschäfts eingetreten wären, mit anderen Worten: ob die Erfüllung der Bedingung rückwirkende Kraft habe und auf den Augenblick des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zurückgezogen (retrotrahirt) werde? Aus inneren Gründen empfiehlt sich die Verneinung der Streitfrage; denn es ist höchst unangemessen, einen gewissen rechtlichen Zustand, welcher eine Zeit lang gedauert hat, und mit welchem möglicherweise viele andere Rechtsverhältnisse verknüpft sind, hinterher so umzugestalten, daß er als nie existirend gelten solle. Unter den römischen Juristen scheint die Frage selbst streitig gewesen zu sein[3], und so sind denn mehrere Fragmente in die Justinianische Compilation aufgenommen, worin das Princip der Rückziehung bei den Obligationen aus Verträgen in aller Schroffheit aufgestellt wird[4]; allein die einzelnen Entscheidungen der Quellen rechtfertigen die Behauptung, daß die Rückziehung der Erfüllung der Bedingung zu verwerfen sei:

1. Bei der Uebertragung des Eigenthums[5] und bei Vermächtnissen[6] unter einer Suspensivbedingung wird die Rückziehung in den mannichfachsten Anwendungen verworfen. Namentlich gilt derjenige, welchem eine Sache unter einer Bedingung zu Eigenthum übergeben worden ist, als Eigenthümer erst von dem Augenblicke an, wo die Bedingung erfüllt ist; ferner kann derjenige, der ein Grundstück unter einer Bedingung veräußert hat,

---

[1] l. 37. i. f. D. de c. e. 18, 1: l. 15. pr. D. de in diem add. 18, 2; l. 19. D. de her. vend. 18, 4. — [2] l. 8. D. de peric. 18, 6; l. 26. D. de cond. inst. 28, 7; l. 2. § 5. D. de don. 39, 5; l. 29. D. de m. c. don. 39, 6. — [3] Gai. 2. 200. 244; l. 11. § 3. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 41. § 2. D. de leg. 1. (30). — [4] l. 11. § 1. D. qui pot. 20, 4; l. 8. pr. D. de per. 18, 6; l. 26. D. de stip. serv. 45, 3; l. 16. D. de sol. 46, 3; l. 3. § 3. C. comm. de leg. 6, 43. — [5] l. 1. pr. l. 2. § 5. D. de don. 39, 5; l. 11 §§ 1—9. D. de d. i. v. et u. 29, 1; l. 2. D. de m. c. don. 39, 6; l. 1. § 2. D. pro dote 41, 9; l. 11. § 1. D. qu. serv. am. 8, 6. — [6] l. 1. § 4. D. de sct. sil. 29, 5; l. 12. § 5. D. de usufr. 7, 1; l. 16. l. 17. D. qu. m. ususfr. am. 7, 4; l. 11. § 1. D. qu. serv. am. 8, 6; l. 6. D. de manum. test. 40, 4; l. 3. D. de serv. leg. 33, 3; l. 14. § 3. D. quando dies 36, 2; l. 13. § 8. D. de acc. 46, 4; l. 15. § 6. l. 24. § 1. l. 88. § 3. D. ad l. falc. 35, 2; l. 18. pr. l. 33. l. 57. pr. D. ad sct. treb. 36, 1.

vor erfüllter Bedingung Servituten zu Gunsten des Grundstücks erwerben, und diese Servituten bleiben bestehen, wenngleich er durch die Erfüllung der Bedingung das Eigenthum am Grundstück verliert; ferner wird das bedingte Vermächtniß und die bedingte Erbeinsetzung ungiltig, wenn die Bedingung erst **nach** dem Tode des Bedachten erfüllt wird; endlich verbleiben die Früchte eines bedingten Vermächtnisses bis zur Erfüllung der Bedingung auch nach der Erfüllung dem Beschwerten.

2. Aber selbst bei den Obligationen aus Verträgen geschieht ein Gleiches; namentlich ist der Kauf nichtig, wenn die Sache zur Zeit der Erfüllung der Suspensivbedingung nicht mehr existirt [7]; es kann sich Jemand seine eigene Sache unter einer Suspensivbedingung versprechen lassen, und das Versprechen gilt, wenn er zur Zeit der Erfüllung der Bedingung das Eigenthum nicht mehr hat [8]; es ist das Novationsgeschäft nichtig, wenn Derjenige, welcher das Novationsversprechen bedingt abgegeben hat, zur Zeit der Erfüllung der Suspensivbedingung nicht mehr rechtsfähig ist [9]; eine höchstpersönliche bedingt übernommene Verpflichtung ist völlig (auch für die Vergangenheit) wirkungslos, wenn der Versprecher zur Zeit der Erfüllung der Suspensivbedingung nicht mehr lebt [10].

3. Endlich wird die Suspensivbedingung ganz allgemein ein dies incertus genannt [11], d. h. in der Suspensivbedingung liegt eine Zeitbestimmung, und wie das betagte Rechtsgeschäft für die Zeit vor dem dies ohne Wirkung ist (§ 59 unter III), so auch das suspensiv bedingte Rechtsgeschäft für die Zeit vor Erfüllung der Bedingung.

bb. § 56. Die Resolutivbedingung.

Czyhlarz, zur Lehre von den Resolutivbedingungen. 1871. — Schulin, über Resolutivbedingungen und Endtermine. 1875. — Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. § 17. — Savigny, § 120. — Vangerow, § 96.

Die Resolutivbedingung ist eine solche, vermöge welcher der Bestand (die Vernichtung) eines Rechtsgeschäfts von einem ungewissen Umstand abhängig gemacht wird.

I. **Während schwebender Resolutivbedingung** ist das Rechtsgeschäft in voller Wirksamkeit, wie wenn es unbedingt abgeschlossen worden wäre [1]; nicht das Geschäft im Ganzen, sondern bloß seine Wiederaufhebung ist bedingt (negotium purum sed quod sub condicione resolvitur [2]); es leidet demnach das unter einer Resolutivbedingung bestellte Recht an der Aufhebbarkeit (nämlich wenn die Bedingung erfüllt wird), und diese setzt sich auf alle weiteren darauf gegründeten Rechte fort. Für die Gegenpartei begründet die Aufhebbarkeit eine Hoffnung auf Aufhebung des Rechts, welche vererblich ist und unter Umständen (§ 53 N. 11) zur Cautionsforderung berechtigt.

II. **Die Erfüllung resp. das Ausfallen** der Resolutivbedingung unterliegt den Grundsätzen des § 54.

---

[7] l. 8. pr. D. de per. 18, 6; l. 14. pr. D. de nov. 46, 2. — [8] l. 31. l. 98. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 61. D. de c. e. 18, 1. — [9] l. 14. § 2. D. de nov. 46, 3. — [10] l. 72. D. de fid. 46, 1. — [11] l. 30. § 4. D. de leg. 1. (30); cf. l. 22. pr. D. quando dies 36, 2.

[1] l. 2. § 1. l. 3. l. 4. § 3. D. de in diem add. 18, 2. — [2] l. 2. pr. D. de in diem add. 18, 2; l. 1. D. de l. comm. 18, 3; l. 2. § 4. D. pro emt. 41, 4.

III. Die Wirkung der ausgefallenen Resolutivbedingung besteht darin, daß die Aufhebbarkeit des Rechts und die Hoffnung auf seine Aufhebung geschwunden ist; es bleibt vielmehr fernerhin bestehen. Die Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung besteht darin, daß das Recht sofort (ipso iure) aufhört [3], mit ihm die in der Zwischenzeit darauf gegründeten weiteren Rechte [4] (vgl. § 128 unter V); daher steht z. B. Demjenigen, der seine Sachen unter einer Resolutivbedingung verkauft und übergeben hat, nach erfüllter Bedingung die Wahl zwischen der persönlichen Klage (actio venditi [5]) und der dinglichen (rei vindicatio [6]) behufs Rückforderung der Sache zu. — Auch hier besteht die Streitfrage bezüglich der Rückziehung der Erfüllung der Resolutivbedingung; sie ist auch hier zu verneinen [7]; zwar ist Derjenige, welcher unter einer Resolutivbedingung etwas erworben hat, in vielen Fällen (nämlich wo der Wille der Parteien darauf gerichtet ist) obligatorisch verpflichtet, Früchte und sonstigen Gewinn an die Gegenpartei herauszugeben [8]; allein dies spricht nicht zu Gunsten der Rückziehung; vielmehr würden, wenn die Rückziehung erfolgte, Früchte und sonstiger Gewinn ipso iure in das Eigenthum der Gegenpartei fallen.

γ. § 57. Die Scheinbedingungen.

W. Sell, die Lehre von den unmöglichen Bedingungen. 1834. — Savigny, § 121. — Vangerow, § 93.

I. Rechtsgeschäfte, welche eine sog. stillschweigende Bedingung in sich tragen, sind nicht bedingt. Zwar erzeugen sie einen schwebenden Zustand, aber dieser entspringt nicht der Willkür der Parteien, und unterliegt deshalb nicht den Regeln über bedingte Rechtsgeschäfte, sondern besonderen Rechtsvorschriften. Es gilt dies auch dann, wenn die handelnde Person den Umstand, welcher den Charakter der stillschweigenden Bedingung hat, ausdrücklich ihrer Willenserklärung als Bedingung hinzufügt; ein solcher Zusatz ist überflüßig [1], daher braucht z. B. Derjenige, welchem ein Vermächtniß unter der Bedingung hinterlassen ist, daß der im Testament berufene Erbe die Erbschaft antrete, den Antritt der Erbschaft Seitens des berufenen Erben nicht zu erleben [2] (§ 443 N. 1).

II. Rechtsgeschäfte, welche unter einer nothwendigen Bedingung abgeschlossen sind, erzeugen keinen schwebenden Zustand; das Rechtsgeschäft ist unbedingt, und das Rechtsverhältniß wird, je nachdem die Scheinbedingung suspensiv oder resolutiv gefaßt war, beim Eintreten des in der Scheinbedingung bezeichneten Umstandes wirksam resp. beendigt [3].

---

[3] l. 41. pr. D. de r. v. 6, 1. — [4] l. 4. § 3. D. de in diem add. 18, 2; l. 31. D. de pign. 20, 1. — [5] l. 4. pr. l. 5. D. de l. comm. 18, 3; l. 4. § 4. l. 16. D. de in diem add. 18, 2. — [6] l. 8. D. de l. comm. 18, 3; l. 4. C. de pactis inter emt. 4, 54; l. 29. D. de m. c. don. 30, 6. — [7] l. 2. § 1. l. 3. D. de in d. add. 18, 2; l. 2. D. de l. comm. 18, 3. — [8] l. 6. pr. D. de in diem add. 18, 2; l. 4. pr. § 1. l. 5. D. de l. comm. 18, 3; l. 38. §§ 2. 3. D. de us. 22, 1.

[1] l. 12. D. de cond. inst. 28, 7; l. 47. D. de cond. 35, 1. — [2] l. 22. § 1. D. quando dies 36, 2; cf. l. 99. l. 107. D. de cond. 35, 1; l. 21. § 1. l. 25. § 1. D. quando dies 36, 2. — [3] l. 9. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 7. l. 8. D. de v. o. 45, 1; l. 17. l. 18. D. de c. i. 12, 6; l. 50. § 1. D. de her. inst. 28, 5; l. 79. pr. D. de cond. 35, 1.

III. Rechtsgeschäfte, welche unter einer in die Vergangenheit oder in die Gegenwart gestellten Bedingung abgeschlossen sind, erzeugen keinen schwebenden Zustand (keine objective Ungewißheit), sondern es besteht bloß, falls die handelnden Personen von den thatsächlichen Verhältnissen nicht gehörig unterrichtet sind, eine subjective Unbekanntschaft; das Rechtsgeschäft ist von Anfang an bald giltig bald nichtig, je nachdem der vorausgesetzte Umstand richtig ist oder nicht [4].

IV. Rechtsgeschäfte, welche unter einer unmöglichen Bedingung abgeschlossen sind, erzeugen keinen schwebenden Zustand. Unmöglich ist die Bedingung, gleichviel ob die Unmöglichkeit eine absolute oder relative ist, d. h. gleichviel ob ihre Erfüllung nach Naturgesetzen unter allen Umständen oder nur wegen der zufälligen Umstände des vorliegenden Falles unterbleiben muß (daher ist die Bedingung, einer bereits verstorbenen Person etwas zu zahlen, eine nicht existirende Schuld zu tilgen, eine unmögliche [5]). Unmöglich ist die Bedingung nur dann, wenn die Erfüllung niemals erfolgen kann; konnte sie es eine Zeit lang und kann sie es später nicht mehr, so ist die Bedingung nicht unmöglich sondern ausgefallen [6]; konnte sie es zur Zeit des Rechtsgeschäfts nicht, kann aber ohne Verletzung der guten Sitte die Möglichkeit angenommen werden, daß die Bedingung einstmals erfüllt werden könne, so ist die Bedingung als mögliche zu behandeln (so das Vermächtniß an eine Sklavin unter der Bedingung, daß sie heirathe [7] — was ihre vorgängige Freilassung voraussetzt). Die Unmöglichkeit der Bedingung kann sowohl in thatsächlichen Verhältnissen als in Rechtsvorschriften ihren Grund haben, z. B. si rem sacram Titius vendiderit [8]. — Das unter einer unmöglichen Resolutivbedingung abgeschlossene Rechtsgeschäft bleibt für alle Zeit bestehen. Das unter einer unmöglichen Suspensivbedingung abgeschlossene Rechtsgeschäft müßte nach strenger Consequenz von Anfang an nichtig sein; allein diese Consequenz ist im Römischen Recht nur bei Rechtsgeschäften unter Lebenden anerkannt [9], bei Rechtsgeschäften von Todeswegen wird, vorausgesetzt daß darin überhaupt eine vernünftige Verfügung gesehen werden kann [10], die Bedingung (nach der siegreichen Meinung der Sabinianer [11]) gestrichen und das Rechtsgeschäft als unbedingtes angesehen [12]. Bloß Eine Art der unmöglichen Bedingungen, die sog. perplexen d. h. welche in Verbindung mit der Hauptwillenserklärung einen inneren Widerspruch ergeben, machen selbst das Rechtsgeschäft von Todeswegen zu einem nich-

---

[4] l. 16. D. de ins. 28, 3; l. 3. § 13. D. de bon. lib. 38, 2; l. 10. § 1. D. de cond. inst. 28, 7; § 6. I. de v. o. 3, 15; ll. 37—39. D. de r. c. 12, 1; l. 100. l. 120. D. de v. o. 45, 1. — [5] l. 72. § 7. l. 6. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 45. D. de her. inst. 28, 5; l. 26. § 1. D. de statul. 40, 7. — [6] l. 94. pr. D. de cond. 35, 1; l. 19. l. 20. § 3. D. de statul. 40, 7; l. 23. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2. — [7] l. 58. D. de cond. 35, 1; l. 83. § 5. l. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; l. 34. § 2. D. de c. e. 18, 1. — [8] l. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; § 11. I. de inut. st. 3, 19; l. 72. § 7. D. de cond. 35, 1. — [9] § 11. I. de inut. st. 3, 19; l. 7. l. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; l. 1. § 11. l. 31. D. de o. et a. 44, 7; l. 9. § 6. D. de r. c. 12, 1; l. 29. D. de fid. 46, 1. — [10] l. 4. § 1. D. de statul. 40, 7. — [11] Gai. 3, 98. — [12] § 10. I. de her. inst. 2, 14; l. 3. l. 6. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 1. l. 6. l. 20. pr. D. de cond. inst. 28, 7; l. 16. i. f. D. de inj. 28, 3; l. 104. § 1. D. de leg. 1. (30). l. 5. § 4. D. quando dies 36, 2.

tigen, z. B. die letztwillige Freilassung eines Sklaven unter der Bedingung, daß der Erbe ihn veräußern sollte; die Erbeinsetzung mit den Worten: si Titius heres erit, Seius heres esto: si Seius heres erit, Titius heres esto[13].

δ. § 58. Unzulässigkeit der Bedingungen.

Savigny, §§ 121—124. — Vangerow, §§ 93. 434.

I. Es giebt Rechtsgeschäfte, welchen niemals eine Bedingung, nicht einmal eine Scheinbedingung (auch nicht eine Frist) hinzugefügt werden darf, widrigenfalls sie nichtig sind[1]. Es sind das die Emancipation, die Acceptilation, der Erbschaftsantritt, die Ernennung eines Vormundes Seitens der Obervormundschaftsbehörde, die Auswahl eines aus einem Kreise von Sachen vermachten Gegenstandes. Diese Rechtsgeschäfte werden einmal in den Quellen[2] actus legitimi qui non recipiunt diem vel condicionem genannt, eine Bezeichnung, welche noch nicht genügend erklärt worden ist. — Der Pflichttheil soll ohne Beschränkung (d. h. ohne wahre Bedingung, Frist und Auflage) hinterlassen werden, sonst wird letztere nach Justinianischem Recht[3] gestrichen, soweit es nöthig ist, um den Pflichttheil frei zu machen (§ 415 unter III.). — Die Adoption kann nicht unter einer Bedingung (noch Zeitbestimmung) erfolgen[3a].

II. Es giebt Rechtsgeschäfte, welchen gewisse Bedingungen nicht hinzugefügt werden dürfen. So darf namentlich der Erbeinsetzung (außer in Soldatentestamenten[4], s. jedoch § 401 N. 1) eine Resolutivbedingung[5], der Erbeinsetzung des Hauskindes eine nichtpotestative Bedingung[6] nicht hinzugefügt werden. Nach dem alten Civilrecht sind die Bedingungen auch noch in anderen Fällen unzulässig gewesen[7].

III. Bedingte Rechtsgeschäfte, durch welche ein Unrecht oder eine Unsittlichkeit befördert wird (unter einer condicio turpis), sind unerlaubt; es soll die Vornahme einer verbotenen, die Unterlassung einer gebotenen Handlung nicht belohnt, es soll eine in sittlicher Freiheit vorzunehmende Handlung oder Unterlassung nicht von pecuniärem Gewinn oder Verlust abhängig gemacht werden. Unerlaubt ist demnach eine Zuwendung unter der Bedingung, daß der Bedachte ein Verbrechen begehen würde[8]; erlaubt hingegen ein Versprechen unter der Bedingung, daß der Versprechende selbst oder ein Dritter ein Verbrechen begehen würde[9]. Unerlaubt ist ein Versprechen unter der Bedingung, wenn der Versprechende ein Verbrechen nicht begehe[10]; ebenso unerlaubt eine Zuwendung unter der Bedingung, daß der Bedachte ein Verbrechen nicht begehe[11] (es liegt

[13] l. 39. D. de man. test. 40, 4; l. 16. D. de cond. inst. 28, 7; l. 88. pr. D. ad l. falc. 35, 2.

[1] l. 77. D. de r. j. 50, 17; l. 51. § 2. D. de a. h. 29, 2; fr. Vat. § 329. — [2] l. 77. D. de r. j. 50, 17. — [3] l. 32. l. 36. pr. § 1. C. de inoff. test. 3, 24; Nov. 18. c. 3. — [3a] l. 34. D. de ad. 1, 7. — [4] l. 15. § 4. D. de test. mil. 29, 1. — [5] l. 88. i. f. D. de her. inst. 28, 5. — [6] l. 15. D. de cond. inst. 28, 7; l. 4. C. de inst. 6, 25. — [7] l. 4. pr. D. de serv. 8, 1; l. 55. D. de leg. 1. (30). — [8] l. 123. D. de v. o. 45, 1. — [9] l. 121. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 50. D. de pact. 2, 14; l. 1. l. 2. C. si manc. 4, 56. — [10] l. 26. l. 27. D. de v. o. 45, 1; § 24. I. de inut. st. 3, 19. — [11] l. 7. § 3. D. de pact. 2, 14; l. 1. § 2. l. 2. D. de cond. ob. t. c. 12, 5; l. 5. D. de tut. et rat. 27, 3.

hierin eine Erpressung); erlaubt aber eine Zuwendung unter der Bedingung, daß ein Dritter ein Verbrechen nicht begehen werde. Ferner ist unerlaubt eine Zuwendung unter der Bedingung der Ehelosigkeit[12] (bloß die Bedingung des Wittwenstandes hat Justinian erlaubt[13]), unter der Bedingung der Ehescheidung[14], unter der Bedingung, einen Gatten nach fremdem Belieben zu nehmen[15]. Unerlaubt ist das Versprechen einer Conventionalstrafe unter der Bedingung, daß der Versprechende eine bestimmte Ehe nicht eingehen oder sich scheiden werde[16] (denn die Ehe soll frei eingegangen und fortgesetzt werden); erlaubt hingegen ist eine Zuwendung unter der Bedingung, zu heirathen, eine bestimmte Person zu heirathen, eine bestimmte Person nicht zu heirathen[17]. Unerlaubt ist eine Zuwendung unter der Bedingung, stets an einem bestimmten Orte zu wohnen oder seinen Wohnsitz von dem eines Anderen abhängig zu machen[18] (bloß der Patron konnte in solcher Weise die freie Bewegung seines Freigelassenen beschränken[19]). Unerlaubt ist das Versprechen einer Conventionalstrafe auf den Fall, daß der Versprechende einen Anderen nicht zum Erben einsetzen sollte[20] (es wird dadurch die freie Testirfähigkeit beschränkt). — In allen bisher genannten Fällen werden die unerlaubten Bedingungen wie die unmöglichen behandelt[21]: d. h. als Resolutivbedingungen hinzugefügt werden sie gestrichen und das Geschäft ist unbedingt giltig; als Suspensivbedingungen machen sie das Geschäft unter Lebenden nichtig, bei Geschäften von Todeswegen werden sie gestrichen. Bei einigen unerlaubten Bedingungen tritt eine abweichende Behandlung ein: bei letztwilligen Verfügungen unter der condicio iurisiurandi, bei letztwilligen captatorischen Verfügungen, bei den poenae nomine relicta; diese werden passender im Erbrecht dargestellt werden (§§ 396. 401). — Streitig ist die Frage, ob die Bedingung die Religion zu ändern oder zu behalten eine unerlaubte sei; die Quellen behandeln die Frage nicht; nach richtiger Meinung ist diese Bedingung unerlaubt, weil das Religionsbekenntniß von der freien Ueberzeugung abhängen, von pecuniärem Gewinn oder Verlust unbeeinflußt bleiben soll. Dahingegen ist es zuläßig, daß Jemand, „für die Angehörigen einer bestimmten Religion", „für die katholischen Glieder seiner Familie" eine Stiftung errichtet; denn hierin liegt nicht eine Aufforderung an Andersgläubige, ihren Glauben zu wechseln. — Lächerliche Bedingungen (condiciones derisoriae) werden den unerlaubten zugerechnet[22].

---

[12] l. 22. l. 63. § 1. l. 72. § 5. l. 74. l. 77. § 2. l. 100. D. de cond. 35, 1; l. 65. § 1. D. ad sct. treb. 36, 1. — [13] l. 2. l. 3. C. de ind. vid. 6, 40; Nov. 22. c. 43. c. 44. — [14] l. 8. § 1. D. de usu 7, 8; l. 5. C. de inst. 6, 25. — [15] l. 28. pr. l. 72. § 4. D. de cond. 35, 1. — [16] l. 71. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 134. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 2. C. de inut. st. 8, 39. — [17] l. 63. pr. § 1. l. 64 pr. l. 71. pr. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 2. C. de inst. 6, 25. — [18] l. 71. § 2. D. de cond. 35, 1. — [19] l. 71. § 2. l. 13. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 44. D. de manum. test. 40, 4; l. 18. §§ 1. 2. D. de alim. 34, 1. — [20] l. 61. D. de v. o. 45, 1. — [21] l. 15. D. de cond. inst. 28, 7. — [22] l. 14. D. de cond. inst. 28, 7; cf. l. 71. pr. D. de leg. 1. (30).

b. § 59. Die Zeitbestimmungen.

v. Scheurl, die Lehre von den Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte. 1871. — Schulin u. Karlowa in den bei § 56 citirten Büchern. — Savigny, §§ 125—127. — Vangerow, § 97.

I. Begriff der Zeitbestimmung und Vergleichung mit der Bedingung. Eine Zeitbestimmung (dies) ist die bei einem Rechtsgeschäft getroffene Bestimmung, durch welche der Wille des Handelnden nur für eine gewisse Frist gesetzt wird. Die Zeitbestimmung steht im scharfen Gegensatz zur Bedingung. Durch die Bedingung setzt sich der Wille nur für einen oder bis zu einem unsicheren Fall, durch die Zeitbestimmung setzt er sich von einem oder bis zu einem sicheren Fall. Im Fall der aufschiebenden Bedingung kommt das Rechtsverhältniß möglicherweise später gar nicht zu Stande, im Fall der aufschiebenden Zeitbestimmung (sog. dies ex quo, Anfangstermin, in den Quellen: stipulatio in diem, debitum ex die, hereditas ex die) ist es später mit Sicherheit vorhanden. Im Fall der auflösenden Bedingung hört das Rechtsverhältniß möglicherweise später einmal auf, im Fall der auflösenden Zeitbestimmung (sog. dies ad quem, Endtermin, in den Quellen: stipulatio, debitum, hereditas ad diem) hört es später mit Sicherheit auf. — Oft aber wird eine Zeitbestimmung mit einer Bedingung verbunden. Es kann nämlich die Zeitbestimmung entweder unmittelbar durch Festsetzung eines Kalendertages oder mittelbar durch Beziehung auf ein künftiges Ereigniß bezeichnet werden; ersterenfalls ist eine reine Zeitbestimmung vorhanden; letzterenfalls nur dann, wenn das fragliche Ereigniß sicher ist (z. B. der Tod einer Person); ist es unsicher, so findet eine Verbindung von Bedingung und Zeitbestimmung statt, gleich viel ob der Zeitpunkt berechnet werden kann (z. B. der Tag der Mündigkeit, der Großjährigkeit[1]) oder nicht (z. B. der Tag der Hochzeit, der Bestallung mit einem Amte[2]). Neuere Juristen drücken dies gewöhnlich so aus: eine reine Zeitbestimmung liegt bloß in dem dies certus an et quando, sowie in dem dies certus an incertus quando; hingegen sind Bedingung und Zeitbestimmung verbunden in dem dies incertus an et quando, sowie in dem dies incertus an certus quando. Allein von dieser Regel giebt es Ausnahmen:

1. Nach dem Quellenausspruch: dies incertus conditionem in testamento facit[3] liegt bei letztwilligen Verfügungen in einem dies certus an incertus quando dann eine Bedingung, wenn es ungewiß ist, ob der Bedachte diesen Tag erlebt, und daher ist die letztwillige Verfügung nur dann giltig, wenn der Bedachte den Tag erlebt; so bei dem Vermächtniß mit dem Zusatz cum heres morietur[4].

2. Umgekehrt wird zuweilen der dies incertus an als Zeitbestimmung ausgelegt; nämlich dann, wenn die Zeitbestimmung nicht deshalb dem Rechtsgeschäft hinzugefügt wurde, um den Erwerb eines Rechts, sondern

---

[1] l. 22. pr. D. quando dies 36, 2. — [2] l. 21. pr. D. quando dies 36, 2; l. 56. D. de c. i. 12, 6; l. 8. C. de test. man. 7, 2. — [3] l. 75. l. 79. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 4. l. 13. D. quando dies 36, 2; l. 12. § 1. D. de leg. 2. (31); l. 104. § 6. D. de leg. 1. (30). — [4] l. 21. pr. l. 22. pr. D. quando dies 36, 2; l. 36. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 49. §§ 2. 3. D. de leg. 1. (30).

bloß um seine Klagbarkeit davon abhängig zu machen; daher gilt das Vermächtniß an ein Kind des Testators, welches dieses bei Erreichung eines gewissen Alters erhalten soll, auch dann, wenn das Kind diesen Termin nicht erlebt[5].

II. Zulässigkeit der Zeitbestimmung. Einzelne Rechtsgeschäfte lassen gar keine Zeitbestimmung zu: die § 58 I. genannten actus legitimi und die Erbeinsetzung (außer bei Soldatentestamenten[6], vgl. jedoch § 401 N. 21). Abgesehen hievon ist die aufschiebende Zeitbestimmung schon im alten Civilrecht in der Regel[7] zulässig gewesen, dahingegen ist die auflösende Zeitbestimmung, abgesehen vom Nießbrauch und Pfandrecht[8], erst im classischen und späteren Rechte zulässig geworden[9].

III. Wirkung der aufschiebenden Zeitbestimmung. Man streitet darüber, ob, wenn ein Rechtsgeschäft unter aufschiebender Zeitbestimmung abgeschlossen worden ist, das Rechtsverhältniß sofort entstehe und nur seine Ausübung resp. Klagbarkeit bis zum festgesetzten Termin suspendirt sei, oder ob das Rechtsverhältniß erst mit dem Termin entstehe. Bei den dinglichen Rechten ist nach klaren Quellenzeugnissen[10] die zweite Meinung die richtige; bezüglich der Obligationen schwanken die Quellen zwischen beiden Meinungen[11]; vorzuziehen dürfte die erste Meinung sein, da der Versprechende sofort gebunden ist; hiemit in Uebereinstimmung kann der in diem debitor, welcher vor dem Termin aus entschuldbarem Irrthum seine Schuld abgetragen hat, nicht das Geleistete (mit der condictio indebiti) zurückfordern[12]; ferner wird die Anwartschaft auf ein unter einer festen Zeitbestimmung (dies certus an et quando) hinterlassenes Vermächtniß sofort mit dem Tode des Erblassers erworben, und sie geht deshalb auf die Erben des Bedachten über, wenn dieser vor dem Termin stirbt[13].

IV. Wirkung der auflösenden Zeitbestimmung. In den wenigen Fällen, in welchen die auflösende Zeitbestimmung schon nach altem Recht zulässig ist, hört das unter einer Zeitbestimmung bestellte Recht bei Eintritt des Endtermins ipso iure auf[14], mit ihm zugleich die aus demselben in der Zwischenzeit hervorgegangenen Rechte (so beim Ususfructus, Pfandrecht). In den übrigen Fällen hört im Römischen Rechte das zeitlich begrenzte Recht nicht ipso iure auf[15], sondern der zeitlich Berechtigte ist bloß persönlich zur Aufgebung resp. Rückübertragung des Rechts und

[5] l. 46. D. ad sct. tr. 36, 1; l. 26. § 2. D. quando dies 36, 2; l. 18. § 2. D. de al. 34, 1; l. 5. C. quando dies 6, 53. — [6] l. 34. D. de her. inst. 28, 5; § 9. I. eod. 2, 14; l. 15. § 4. D. de test. mil. 29, 1. — [7] Eine Ausnahme s. in l. 4. D. de serv. 8, 1. — [8] l. 6. D. de us. leg. 33, 2; l. 6. pr. D. qu. m. pign. 20, 6. — [9] fr. Vat. 283; l. 4. D. de serv. 8, 1; l. 56. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 44. § 1. D. de o. et a. 44, 7; § 3. I. de v. o. 3, 15; l. 55. D. de leg. 1. (30); l. 26. C. de leg. 6, 37; l. 2. C. de don. s. mod. 8, 55. — [10] l. 1. § 2. D. qu. m. us. am. 7, 4; l. 9. § 2. D. ususfr. qu. cav. 7, 9; l. 72. § 5. D. de cond. 35, 1; l. 2. pr. D. de statul. 40, 7. — [11] S. einerseits Gai. 3, 124; l. 44. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 41. § 1. D. de v. o. 45, 1; andererseits § 2. I. de v. o. 3, 15; l. 46. pr. D. eod. 45, 1; l. 213. D. de v. s. 50, 16. — [12] l. 10. l. 16. l. 17. de c. i. 12, 6. — [13] l. 5. pr. § 1. D. quando dies 36, 2. — [14] l. 1. § 3. D. qu. m. ususfr. 7, 4; l. 16. § 2. D. fam. erc. 10, 2; l. 12. pr. C. de ususfr. 3, 33; l. 6. pr. D. qu. m. pign. 20, 6. — [15] l. 4. pr. D. de serv. 8, 1; l. 55. D. de leg. 1. (30); l. 44. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 56. § 4. D. de v. s. 45, 1.

zur Beseitigung der von ihm bestellten dinglichen Rechte verpflichtet; der Grund hievon liegt eben nur darin, daß die Zulässigkeit der auflösenden Zeitbestimmung zunächst von dem Prätorischen Edict ausging; mit Recht halten deshalb heutzutage viele Juristen den Unterschied für antiquirt: mit Eintritt des Endtermins hören heutzutage das zeitlich begrenzte Recht und die daraus hervorgegangenen Rechte ipso iure auf. Eine Rückziehung der Aufhebung findet natürlich nicht statt.

c. § 60. Modus (Maßgabe). Voraussetzung.

Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung. 1850. — Savigny, §§ 128. 129. — Vangerow, § 98.

I. Der Modus. Den Rechtsgeschäften, welche auf die Uebertragung von Vermögensrechten gerichtet sind, können Bestimmungen über eine Leistung hinzugefügt werden, welche der Empfänger machen soll, sei es, daß diese Leistung in einer Verwendung des Empfangenen in bestimmter Weise oder in einem sonstigen Thun oder Unterlassen besteht. Wird eine solche Bestimmung bei onerosen Rechtsgeschäften getroffen, so bildet sie einen Theil der Gegenleistung und es kann die Erfüllung derselben resp. das Interesse wegen Nichterfüllung (mit der Contractsklage) gefordert werden. So wenn der Käufer eines Hauses sich verpflichtet, dem Verkäufer das Wohnen in demselben umsonst oder gegen einen gewissen Zins zu gestatten[1]; wenn der Vermiether dem Miether eine bestimmte Summe behufs Reparatur des Hauses zu geben verspricht[2]. — Eine theilweis andere juristische Behandlung tritt ein, wenn bei liberalen (§ 68) Zuwendungen nämlich (bei Erbeinsetzung, Vermächtniß, Schenkung) die Maßgabe (modus, Auflage, Zweckbestimmung, Verwendungsbestimmung) hinzugefügt wird, daß der Empfänger das Empfangene ganz oder theilweis zu einem bestimmten Zweck verwenden oder sonst etwas dafür leisten oder unterlassen solle, z. B. ut monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret vel ut ex eo partem alii restitueret[3], oder ut alicui nubat[4] u. dgl. m.[5]. Der Modus ist demnach eine einer liberalen Zuwendung (Erbeinsetzung, Vermächtniß, Schenkung) hinzugefügte Auflage. Es liegt hierin eine Selbstbeschränkung des Willens, indem der Wille des Zuwendenden, dem Anderen unentgeltlich und freiwillig etwas zu verschaffen, sich selbst durch Auferlegung einer Verpflichtung wieder einschränkt. — Durch den Modus wird zwar der Erwerb nicht gehindert, aber der Genuß des Erworbenen erschwert; der berufene Erbe kann also zwar die Erbschaft sofort antreten, aber er genießt keinen gerichtlichen Schutz in seinem Erbrecht, so lange er den Modus nicht erfüllt[5a]; ferner können der bedachte Vermächtnißnehmer und der Beschenkte erst dann die Leistung des vermachten resp. geschenkten Gegenstandes verlangen, wenn sie vorher entweder den Modus erfüllt

---

[1] l. 21. §§ 4. 6. D. de a. e. v. 19, 1. — [2] l. 58. § 1. D. loc. 19, 2. — [3] l. 17. § 4. D. de cond. 35, 1. — [4] l. 1. C. de his quae sub modo 6, 45. — [5] l. 71. pr. §§ 1. 2. l. 80. l. 92. D. de cond. 35, 1; l. 17. § 2. D. de man. test. 40, 4; l. 3. C. de don. quae sub modo 8, 55; l. 49. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — [5a] l. 1. § 3. D. ubi pup. ed. 27, 2; l. 8. § 6. D. de cond. inst. 28, 7.

oder Caution wegen Erfüllung des Modus geleistet haben [6]. Hat der Erbe angetreten, resp. der Vermächtnißnehmer oder Beschenkte den Gegenstand erhalten, so

1. können sie sämmtlich zur Erfüllung des Modus resp. zur Cautionsleistung angehalten werden. Die Person des Anhaltenden ist in den einzelnen Fällen verschieden. Ist ein einziger Erbe sub modo berufen, so ist es die Obrigkeit, welche zu diesem Zwecke außerordentliche Zwangsmaßregeln [7] anwendet; sind es mehrere Erben, so kann jeder den Anderen (mit der act. familiae erciscundae [8]) zur Ausführung des Modus anhalten. Den Vermächtnißnehmer und den Beschenkten kann der Erbe resp. der Schenker zur Erfüllung des Modus anhalten [9]; in außerordentlichen Fällen schreitet die Obrigkeit ein [10] (z. B. bei einem Vermächtniß mit dem Modus, sein Kind zu emancipiren); und wenn der Modus einem Dritten zum Vortheil gereicht, so kann dieser die Erfüllung des Modus verlangen [11].

2. Wird der Modus schuldvoller Weise nicht erfüllt, so verliert zwar der Erbe die Erbschaft nicht (denn semel heres semper heres, § 401 unter I. 1), hingegen der Vermächtnißnehmer sowie der Beschenkte kann zur Rückleistung des Zugewendeten vom Erben resp. Schenker angehalten werden [12]. Vorausgesetzt wird stets, daß der Modus weder von Anfang an Unmögliches oder Unerlaubtes oder Thörichtes bezweckt, noch daß er hinterher ohne Schuld des Empfängers diesen Charakter annimmt; ein solcher Modus wird stets gestrichen [13]. Ferner wird vorausgesetzt, daß der Zuwendende selbst oder der Empfänger der Zuwendung oder ein Dritter ein Interesse (Vermögens- oder Affectionsinteresse) an den Modus habe; sonst liegt ein bloßer Rath (Empfehlung, nudum praeceptum) vor, welcher den Empfänger nicht bindet [14], daher ist z. B. der Zusatz zu einem Geldvermächtniß, es solle der Bedachte mit dem Gelde Grundstücke kaufen, nur dann giltig, wenn der Bedachte ein unsolider oder unerfahrener Mensch ist, welchen der Erblasser gegen den Verlust des Vermächtnisses schützen wollte [15]. — Der Modus ist der nicht casualen Suspensivbedingung ähnlich; der Unterschied zwischen beiden liegt hauptsächlich darin, daß der schwebende Zustand, welcher dem bedingten Rechtsgeschäft folgt, bei demjenigen unter einem Modus fehlt; ferner darin, daß bei dem Rechtsgeschäfte unter einer nicht casualen Bedingung der bedingt Berechtigte nicht zur Erfüllung der Bedingung verpflichtet ist, wohl aber ist es der Empfänger sub modo; man drückt dies gewöhnlich so aus: die Suspensivbedingung suspendirt

---

[6] l. 40. § 5. l. 71. pr. §§ 1. 2. l. 80. D. de cond. 35, 1; l. 19. D. de leg. 3. (32), l. 48. D. de fid. lib. 40, 5. — [7] l. 8. § 6. D. de cond. inst. 28, 7; l. 50. § 1. D. de h. p. 5, 3; l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 1. § 3. D. ubi pup. 27, 2. — [8] l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 18. § 2. D. fam. erc. 10, 2. — [9] l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 2. C. de don. s. mod. 8, 55; l. 9. C. de don. 8, 59. — [10] l. 92. D. de cond. 35, 1. — [11] l. 2. C. de his quae sub modo 6, 45; l. 3. C. de don. quae s. mod. 8, 55. — [12] l. 21. § 3. D. de ann. leg. 33, 1; l. 17. D. de usu leg. 33, 2. — [13] l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 113. § 5. D. de leg. 1. (30); l. 8. § 7. D. de cond. inst. 28, 7; l. 1. C. de his quae sub modo 6, 45. — [14] l. 13. § 2. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 114. § 14. D. de leg. 1. (30); l. 38. § 4. l. 93. pr. D. de leg. 3. (32). — [15] l. 71. pr. D. de cond. 35, 1.

den Erwerb, aber sie zwingt nicht, der Modus suspendirt den Erwerb nicht, aber er zwingt.

II. Die Voraussetzung. Die Voraussetzung (ein erst in neuerer Zeit aufgestellter Begriff) ist eine unentwickelte Bedingung; wer unter einer Voraussetzung einen Willen erklärt, will, daß das Rechtsverhältniß nur bei einem gewissen Zustande der Dinge bestehe, allein er macht das Rechtsverhältniß nicht von diesem Zustande abhängig; das Rechtsverhältniß besteht daher, auch wenn die Voraussetzung sich nicht bewährt, aber es kann alsdann in vielen Fällen (nicht immer) durch Klage und Einrede angefochten werden. Unter die Voraussetzung fällt a) das Motiv, welches für Jemanden den einzigen Bestimmungsgrund zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts bildet, z. B. die Annahme eines Testators, daß sein Kind bereits verstorben, daß der Eingesetzte sein Kind, daß die hinterlassene Sache sein eigen sei; die Meinung eines Bräutigams, welcher seine Braut beschenkt, daß er die Ehe mit der Beschenkten eingehen werde; der Glaube Desjenigen, welcher eine Schenkung von Todeswegen macht, daß er vor dem Beschenkten sterben oder daß er eine drohende Lebensgefahr nicht überstehen werde (§ 51 N. 2—11. § 346 N. 14. § 459 N. 5. 6). b) Der Zweck, die erste Absicht, welche Jemand bei einem sog. abstracten Rechtsgeschäft verfolgt (§ 67) z. B. der Zweck, durch eine Eigenthumsübertragung eine Obligation zu begründen, eine Dos zu bestellen, eine Arrha zu geben, zu schenken u. s. w. (§ 131 N. 14 ff.); ferner der Zweck der Parteien, die einen abstracten Vertrag abschließen (§ 214). — Gewöhnlich wird als Unterart der Voraussetzung auch der Modus aufgeführt; allein man muß vielmehr behaupten, daß Modus und Voraussetzung bloß verwandt, nicht aber von demselben Inhalt sind; denn mit dem Modus wird eine Nebenabsicht neben der ersten Absicht verfolgt; daher wird, wenn der Modus durch Zufall nicht erfüllt werden kann, das Geschäft wie ein ohne Modus eingegangenes behandelt (oben N. 13); wenn hingegen die Voraussetzung sich durch Zufall nicht bewährt, so bleibt das Geschäft anfechtbar[16].

C. § 61. Der Inhalt des Rechtsgeschäfts.

Der Inhalt des Rechtsgeschäfts unterliegt im Allgemeinen dem freien Ermessen des Handelnden; dieses kann sich auf dingliche, obligatorische, Familien-, Erbrechtsverhältnisse beziehen; es kann die Entstehung, Endigung, Erhaltung, Aenderung eines Rechtsverhältnisses zum Inhalt nehmen. Doch sind hierbei zuweilen Grenzen gezogen, welche bei den einzelnen Materien werden angegeben werden; eine allgemeine Grenze ist, daß der Inhalt eines Rechtsgeschäfts nicht in etwas bestehen darf, was physisch oder juristisch unmöglich, sowie was verboten (unerlaubt) ist. Physisch unmöglich ist namentlich ein Rechtsgeschäft über eine bereits untergegangene Sache[1a]. Juristisch unmöglich ist namentlich ein Rechtsgeschäft über eine res extra commercium[1]; ferner in der Regel eine dingliche Ver-

---

[16] l. 6. pr. D. de cond. 35, 1; l. 1. C. de his quae sub modo 6, 45; l. 2. § 7. D. de don. 39, 5; l. 7. D. de fid. lib. 40, 5.

[1a] l. 15. pr. D. de c. e. 18, 1. — [1] l. 39. §§ 8—10. D. de leg. 1. (30); l. 83. § 5. D. de v. o. 45, 1; l. 34. §§ 1. 2. D. de c. e. 18, 1.

fügung über eine fremde Sache, denn regelmäßig hat nur der Eigenthümer die Dispositionsbefugniß über eine Sache, der Nichteigenthümer nur zufolge Einwilligung [2] oder Genehmigung (ratihabitio [3]) des Eigenthümers, sowie zufolge besonderer gesetzlicher Vorschrift (wie der Vormund); persönliche Verpflichtungen hingegen kann Jemand auch bezüglich einer fremden Sache giltig übernehmen [4]. — Verboten (unerlaubt) ist etwas entweder durch eine positive Rechtsvorschrift (z. B. die Veräußerung gewisser Sachen nach § 127, die Schenkung unter Ehegatten in § 347), oder durch das Sittengesetz (boni mores) z. B. Impietäten, oder durch beides z. B. die Begehung eines Verbrechens. — Wird etwas Unmögliches zum Inhalt eines Rechtsgeschäfts gemacht, so ist letzteres nichtig [5]; das Gleiche gilt von dem Rechtsgeschäft, welches durch das Sittengesetz verboten ist [6]; von dem durch positive Rechtsvorschrift verbotenen gilt es nur dann, wenn die Rechtsvorschrift eine lex perfecta ist (§ 12). Dasselbe gilt von Rechtsgeschäften, durch welche ein verbietendes Gesetz umgangen werden soll (quod in fraudem legis fit [7]).

Auf den Inhalt der Rechtsgeschäfte bezieht sich folgende Terminologie der Neueren: essentialia, naturalia, accidentalia negotii. Da nämlich die einzelnen Rechtsgeschäfte sich von einander durch ihren Inhalt unterscheiden, so nennt man diejenigen Festsetzungen der handelnden Personen, von deren Vorhandensein die Existenz eines bestimmten Rechtsgeschäfts abhängt, essentialia negotii, wesentliche, nothwendige Bestandtheile; so ist dem Kaufvertrage die Einigung zweier Parteien über die zu verkaufende Sache und den Kaufpreis wesentlich [8], das Essentiale eines Testaments besteht in der Erbeinsetzung [9]. Ist nun ein bestimmtes Rechtsgeschäft vorhanden, so knüpft daran eine dispositive Rechtsbestimmung einen gewissen Inhalt, welcher also von den handelnden Personen nicht erst festgesetzt zu werden braucht; dieser Inhalt heißt naturalia negotii, natürliche, regelmäßige, gewöhnliche Bestandtheile [10]; so ist ein Naturale des Kaufvertrages, daß die verkaufte Sache und der Kaufpreis Zug um Zug geleistet werden, ein Naturale des Miethsvertrages, daß der Vermiether vorleiste. Weil die die Naturalia bestimmende Rechtsvorschrift eine dispositive ist (§ 12), so steht es den handelnden Personen frei, die Naturalia willkürlich abzuändern; solche willkürliche Festsetzungen heißen accidentalia negotii, zufällige Bestandtheile, in den Quellen adiectio, clausula, adminicula, lex contractus; so ist die Stundung des Kaufpreises, die Abrede der Vorausbezahlung des Miethzinses ein Accidentale.

---

[2] l. 20. pr. D. de pign. a. 13, 7; l. 38. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 9. § 2. D. de don. 39, 5; l. 9. § 4. D. de a. r. d. 41, 1; l. 2. l. 5. C. de reb. al. 4, 51. — [3] l. 20. pr. D. de pign. a. 13, 7; l. 16. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 38. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 3. C. de r. v. 3, 32; l. 4. C. de reb. al. 4, 51. — [4] l. 28. D. de c. e. 18, 1; l. 7. l. 9. pr. § 6. D. loc. 19, 2. — [5] l. 1. §§ 9–11. D. de o. et a. 44, 7; l. 35. pr. l. 97. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 31. l. 185. D. de r. j. 50, 17. — [6] l. 112. § 3. D. de leg. 1. (30); l. 26. l. 27. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 4. C. de inut. stip. 8, 39. — [7] l. 29. l. 30. D. de leg. 1, 3. — [8] § 1. I. de emt. 3, 23; l. 72. pr. D. de c. e. 18, 1. — [9] § 34. I. de leg. 2, 20. — [10] Wegen l. 11. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.

D. § 62. Die Erklärung des Willens.

Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen. 1868. — Röver, über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen. 1874. — Schloßmann, der Vertrag. 1876. — Schall, der Parteiwille im Rechtsgeschäft. 1877. — Windscheid, Wille und Willenserklärung. 1878. — Burckhard, die civilistischen Präsumtionen. 1866. — Savigny, §§ 130—132. — Vangerow, § 92.

Das Rechtsgeschäft ist erst dann vorhanden, wenn der Wille, von welchem es getragen wird, in die sichtbare Welt als Erscheinung eingetreten, wenn er erklärt ist. (Auch die das Dasein des Willens verhindernden Umstände sowie seine Motive [§§ 50. 51] werden nur dann berücksichtigt, wenn sie in der Außenwelt wahrnehmbar waren). Dabei entstehen zwei Fragen: I. In welcher Weise kann der Wille erklärt werden? II. Ist jede Erklärungsweise des Willens genügend?

ad I. Der Wille kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden.

1. Ausdrücklich heißt die Erklärung dann, wenn sie lediglich die Bestimmung hat, den Willen zu erklären. Die ausdrückliche Willenserklärung kann formell (förmlich) oder formlos erfolgen. Die formelle Erklärungsweise kann in dem Gebrauche gewisser gesprochener Worte bestehen (so bei dem Römischen Verbalcontract, § 209), in einer gewissen schriftlichen Aufzeichnung (so der Römische Literalcontract, § 209), in einer Erklärung vor Gericht (actis, gestis insinuare, gerichtliche Insinuation; so die Schenkung über 500 solidi, § 69), vor Gericht oder Notar (so das sog. pignus publicum, die Intercession der Frauen, §§ 206. 256), vor Zeugen (so das regelmäßige Privattestament, § 393). Die formlose Erklärungsweise geschieht durch gesprochene oder geschriebene Worte irgend welcher Art, durch Zeichen und Geberden (Wink, nutus [1]).

2. Die stillschweigende Willenserklärung geschieht durch Handlungen, welche zwar selbständige Zwecke verfolgen, zugleich aber einen sicheren Schluß auf das Vorhandensein einer Willenserklärung zulassen (sog. facta concludentia, concludente Handlungen). So liegt darin, daß der Gläubiger seinem Schuldner den Schuldschein ohne Zahlung zurückgibt, ein Erlaß der Schuld [2]; in der Besorgung der erbschaftlichen Geschäfte Seitens des berufenen Erben liegt ein Erbschaftsantritt (pro herede gestio [3]); in der Einwilligung des Pfandgläubigers zu dem Verkauf des Pfandes durch den Verpfänder liegt ein Verzicht auf das Pfandrecht [4]; in der freiwilligen Einlassung eines Verklagten vor einem incompetenten Richter liegt eine prorogatio fori [5] und dgl. mehr [6]. — Soll eine concludente Handlung nicht als stillschweigende Willenserklärung gelten, so muß der Handelnde eine ausdrückliche Gegenerklärung abgeben; dieselbe heißt regelmäßig Protestation (z. B. wenn der berufene Erbe die Verwaltung des Nachlasses mit der Erklärung übernimmt, daß er die Erbschaft nicht an-

[1] l. 52. § 10. D. de o. et a. 44, 7; l. 21. pr. D. de leg. 3. (32); l. 17. D. de nov. 46, 2. — [2] l. 2. § 1. D. de pact. 2, 14; l. 7. C. de rem. pign. 8, 26. — [3] l. 20. pr. § 1. D. de a. h. 29, 2; § 7. I. de her. qual. 2, 19. — [4] l. 4. § 1. l. 8. § 15. D. qu. m. pign. 20, 6. — [5] l. 1. l. 2. pr. D. de jud. 5, 1; l. 15. D. de jurisd. 2, 1. — [6] l. 57. pr. D. de pact. 2, 14; l. 26. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 12. D. de ev. 21, 2; l. 5. D. ratam rem 46, 8.

treten, sondern vor Verderben schützen wolle [7]); Reservation heißt sie dann, wenn sie die Annahme eines Verzichts auf ein Recht ausschließen soll (z. B. wenn ein Pfandgläubiger in die Veräußerung des Pfandes Seitens des Verpfänders mit der Erklärung einwilligt, daß er sich sein Pfandrecht vorbehalte [8]). — Es entsteht die Frage, ob auch das bloße Stillschweigen zu der Handlung oder auf die Anfrage eines Anderen eine concludente Handlung enthalte? Das Römische Recht stellt hierüber den kaum brauchbaren Satz auf: is qui tacet non utique fatetur, sed verum est, eum non negare [9]; aus den einzelnen Entscheidungen geht aber als die Regel des Römischen Rechts hervor, *daß das Stillschweigen dann als Zustimmung gedeutet wird, wenn Sitte und Anstand eine Aeußerung verlangen, die Unterlassung des Widerspruchs also vernünftigerweise keine andere Deutung, als die der Zustimmung zuläßt*; m. a. W.: die Folgerungen aus dem bloßen Stillschweigen sind eine Species der stillschweigenden Willenserklärungen. So gilt, wenn der Vater die Tochter verlobt, das Schweigen der letzteren als Einwilligung; ebenso das Schweigen des Vaters, wenn die Tochter sich verlobt [10]; wenn eine geschiedene Frau dem Manne ihre Schwangerschaft anzeigt, so gilt dessen Schweigen als Anerkennung des Kindes [11]; das Schweigen des Vaters zu einem Gelddarlehn, welches sein Sohn aufnimmt, gilt als Einwilligung [12]; der Vermiether, welcher den Miether nach geendigter Miethzeit den Gebrauch der Sache fortsetzen läßt, hat damit den Miethcontract verlängert [13] und dgl. mehr [14]. Dahingegen liegt in dem Stillschweigen desjenigen, welchem eine Vertragsofferte gemacht worden ist, keineswegs eine Zustimmung. — Das Canonische Recht hat den römischen allgemeinen Satz wiederholt: is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare videtur [15]; daneben aber hat es den widersprechenden Satz aufgestellt: qui tacet consentire videtur [16]. Heute sind die Römischen Vorschriften maßgebend.

ad II. Die Frage, ob jede *irgendwie* abgegebene Willenserklärung genüge, läßt sich nicht durch eine allgemeine Regel entscheiden. Die Rechtsvorschriften verordnen für einige Rechtsgeschäfte die Beobachtung bestimmter Formen, sei es um die Gewißheit des Willens und das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts außer Zweifel zu setzen (so bei der Stipulation), sei es um widerrechtliche Einflüsse möglichst zu verhindern (so bei dem Testament), sei es um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts beschwerlicher zu machen (so bei der Schenkung über 500 Solidi); bei anderen überlassen sie die Art der Willenserklärung dem freien Ermessen der handelnden Personen. Nur die rechtsgeschichtliche Bemerkung mag gemacht werden, daß das Römische Recht ursprünglich in vielen Fällen

---

[7] l. 20. § 1. D. de a. h. 29, 2. — [8] l. 4. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6. — [9] l. 142. D. de r. j. 50, 17. — [10] l. 12. pr. l. 7. § 1. D. de spons. 23, 1. — [11] l. 1. § 4. D. de agn. 25, 3. — [12] l. 12. l. 16. D. ad sct. Mac. 14, 6. — [13] l. 13. § 11. D. loc. 19, 2. — [14] l. 5. D. de ad. 1, 7; l. 1. § 3. D. de trib. 14, 4; l. 6. § 2. D. mand. 17, 1; l. 2. § 2. D. sol. matr. 24, 3; l. 37. pr. D. ad sct. tr. 36, 1; l. 19. D. de aqua pl. 39, 3; l. 4. § 3. D. de fid. 46, 1; l. 5. pr. C. de rec. 2, 56; l. 5. l. 25. C. de nupt. 5, 4; l. 1. l. 6. l. 8. C. de rem. pign. 8, 26. — [15] c. 44. in VI. de r. j. 5, 12. — [16] c. 43. eod.

die Anwendung von Formen verlangt hat, daß aber zufolge seiner späteren Entwicklung die Formen bis auf ein Minimum geschwunden sind. — Auch Parteien, welche Obligationen abschließen wollen, verabreden oft, ihren Willen in bestimmter Form zu erklären (§ 213[17]). — Wo nun nach Rechtsvorschrift oder zufolge Parteiwillens eine gewisse Form beobachtet werden soll, hat die Vernachlässigung der Form regelmäßig die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge (§ 64 unter I. 1).

§ 63. Die Auslegung der Willenserklärung.

Savigny, § 131 und Obligationenrecht § 71. — Vangerow, § 102.

Die Willenserklärung soll den Willen der handelnden Personen offenbaren; oft thut sie dies nur in ungenügender Weise, indem sie an Dunkelheiten leidet, und dann ist der Wille durch Auslegung zu ermitteln[1] — im Wesentlichen auf gleiche Weise wie bei Gesetzen. Die Auslegung kann eine authentische sein, d. h. von den handelnden Personen selbst ausgehen[2]; bei Verträgen gehört hiezu eine übereinstimmende Erklärung beider Parteien[3]. — Fehlt es an einer authentischen Auslegung, so tritt die richterliche Auslegung ein; der Richter hat zunächst die Worte der Erklärung grammatisch auszulegen[4]; haben die Worte nach den Orten eine verschiedene Bedeutung, so ist die Bedeutung des Ortes vorzuziehen, an welchem die Erklärung abgegeben worden ist[5]. Bleibt dann noch ein Zweifel zurück, so ist derjenige Sinn vorzuziehen, welcher dem Zweck des Geschäfts am meisten entspricht[6], und bei dem das Geschäft am ehesten bestehen kann[7]. Handelt es sich um den Umfang und die Tragweite einer übernommenen Verpflichtung, einer aufgelegten Belastung, so ist im Zweifel das Geringere anzunehmen[8], (daher ist eine Stipulation, ein Kauf-, ein Miethvertrag im Zweifel gegen den Gläubiger zu interpretiren[9]), doch machen hievon die begünstigten Sachen (sog. causae favorabiles) eine Ausnahme, zu deren Gunsten im Zweifel auszulegen ist; es sind dies die Dos[10], die letztwilligen Verfügungen[11] (und bei den Römern die Freiheit des Menschen[12]). — Ist die Willenserklärung so dunkel, daß sich der Sinn nicht herausfinden läßt, so bleibt das Rechtsgeschäft, insoweit dies der Fall ist, wirkungslos[13].

---

[17] l. 17. C. de fide instr. 4, 21; pr. I. de emt. vend. 3, 23.

[1] l. 219. D. de v. s. 50, 16; l. 7. § 2. D. de sup. leg. 33, 10; l. 3. C. de lib. praest. 6, 28. — [2] l. 21. § 1. D. qui test. fac. 28, 1. — [3] l. 12. D. de pact. 2, 14; l. 83. § 1. D. de v. o. 45, 1. — [4] l. 25. § 1. l. 69. pr. D. de leg. 3. (32). — [5] l. 34. D. de r. j. 50, 17; l. 6. D. de ev. 21, 2. — [6] l. 67. D. de r. j. 50, 17; l. 29. D. loc. 19, 2; l. 43. pr. D. de damn. inf. 39, 2. — [7] l. 34. § 1. D. de leg. 2, (31); l. 21. D. de reb. dub. 34, 5; l. 80. D. de v. o. 45, 1. — [8] l. 39. § 6. D. de leg. 1. (30); l. 99. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 9. l. 34. D. de r j. 50, 17. — [9] l. 26. D. de reb. dub. 34, 5; l. 38. § 18. l. 99. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 39. D. de pact. 2, 14; l. 21. l. 33. D. de c. e. 18, 1; l. 172. pr. D. de r. j. 50, 17. — [10] l. 85. pr. D. de r. j. 50, 17; l. 70. D. de j. d. 23, 3. — [11] l. 12. D. de r. j. 50, 17; l. 24. D. de reb. dub. 34, 5. — [12] l. 179. D. de r. j. 50, 17. — [13] l. 62. § 1. D. de her. inst. 28, 5; l. 2. D. de his quae pro non scriptis 34, 8; l. 73. § 3. D. de r. j. 50, 17.

III. § 64. Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte.

(Mangel eines Erfordernisses. Hebung des Mangels. Wegfall eines Erfordernisses. Verwandlung eines Actes.)

L. Seuffert, Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1868. — Dedekind, die Anerkennung ungiltiger letztwilliger Anordnungen. 1872. — Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. § 20 ff. — Savigny, §§ 202. 213. — Vangerow, §§ 100. 101.

I. Mangel eines Erfordernisses. Mangelt es einem Rechtsgeschäfte an einem der in §§ 49—51. 61. 62. dargestellten Erfordernisse, so ist es ungiltig; andere Ungiltigkeitsgründe, welche keine allgemeinen sind, werden bei der Darstellung der einzelnen Rechtsgeschäfte erwähnt werden. Es giebt aber eine zwiefache Art von Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte: die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit.

1) Das Rechtsgeschäft ist nichtig d. h. es ist von Anfang an juristisch nicht vorhanden; es können nicht bloß die Parteien, sondern Jeder, auf dessen Verhältnisse es wirken könnte, es als nicht vorhanden behandeln. Eine Klage auf Nichtigkeitserklärung (sog. querela nullitatis) ist nicht nothwendig, und wird deshalb in den Quellen des Römischen Rechts nicht erwähnt; allein sie ist nützlich, um Streitigkeiten über die Nichtigkeit oder die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte ein für alle Mal abzuthun. Die Nichtigkeit ergreift zuweilen nur einen Theil des Rechtsgeschäfts; so war ein Versprechen übermäßiger Zinsen giltig bis zur Höhe der gesetzlichen Zinsen, eine Schenkung ohne gerichtliche Insinuation über mehr als 500 Solidi ist bis zur Höhe von 500 Solidi giltig, bei einem Pfandvertrag mit lex commissoria ist bloß die letztere nichtig[1]; das Canonische Recht hat deshalb den Satz aufgestellt: utile non debet per inutile vitiari[2]; ist freilich der von der Nichtigkeit ergriffene Theil die Grundlage des Rechtsgeschäfts, so zieht er die Nichtigkeit der anderen Theile in der Regel nach sich[3]; daher fallen mit dem Hauptvertrage auch die Nebenverträge[4], mit der Erbeinsetzung in der Regel auch die Vermächtnisse[5]. — Die Nichtigkeit hängt zuweilen von der Willkür einer Partei oder einer dritten betheiligten Person ab; diese kann erklären, daß das Rechtsgeschäft als nichtig oder als giltig behandelt werden soll (so nach dem sct. Velleianum die Intercession einer Frau, § 255, ferner nach der Reichsconcursordnung § 6 die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach Eröffnung des Concursverfahrens); dann ist bis zur Abgabe der Erklärung die Nichtigkeit eine unentschiedene, schwebende (gewöhnlich relative Nullität genannt im Gegensatz zur entschiedenen, absoluten).

2) Das Rechtsgeschäft ist anfechtbar, rescissibel d. h. es besteht dasselbe an sich, aber es hat eine Partei oder eine dritte betheiligte Person die Befugniß, es umzustoßen. Bis zur Umstoßung ist das anfechtbare Rechtsgeschäft rechtsbeständig; ist die Umstoßung geschehen, so soll der Zustand, wie er vor der Abschließung des

---

[1] l. 34. pr. l. 35. § 3. C. de don. 8, 54; l. 3. C. de pact. pign. 8, 35. — [2] c. 37. in VI. d. r. j. 5, 12; cf. l. 1. § 5. l. 110. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 11. § 1. l. 12. l. 13. D. de pec. const. 13, 5; l. 42. C. de transact. 2, 4. — [3] l. 178. l. 129. § 1. D. de r. j. 50, 17. — [4] l. 70. § 4. D. de fid. 46, 1. — [5] l. 1. § 1. i. f. D. de leg. 3. (32); l. 16. D. de j. cod. 29, 7; l. 181. D. de r. j. 50, 17.

Rechtsgeschäfts bestand, wieder herbeigeführt werden[6], nur bleiben die inmittels von dritten Personen erworbenen Rechte trotz der Umstoßung bestehen[7] (und hierin besteht der Unterschied zwischen der Anfechtbarkeit und der relativen Nichtigkeit). — Die Umstoßung des Rechtsgeschäfts wird entweder vom Richter auf Antrag des Anfechtenden durch ein Urtheil unmittelbar ausgesprochen (so namentlich in den Fällen der in integrum restitutio, der querela inoff. testamenti §§ 111. 415), oder sie wird mittelbar bei der Entscheidung eines aus dem anfechtbaren Rechtsgeschäft entstandenen Processes zur Geltung gebracht (so wenn der Anfechtende gegen die Klage des Gegners aus dem Geschäft eine peremtorische Exceptio macht, § 92 unter B. 1).

II. Hebung des Mangels. Die Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts ist nach der Zeit seiner Errichtung resp. seiner Perfection zu beurtheilen[9]; daher kann ein absolut nichtiges Rechtsgeschäft nicht dadurch rückwärts giltig werden (convalesciren), daß der die Nichtigkeit bewirkende Umstand später wegfällt (z. B. die handlungsunfähige Partei wird handlungsfähig), oder dadurch, daß auf die Nichtigkeit verzichtet oder das Rechtsgeschäft anerkannt (genehmigt, bestätigt, gebilligt) wird: quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere[10]. Hievon gibt es nur wenige Ausnahmen; so die nichtigen Schenkungen unter Ehegatten nach der oratio Severi et Caracallae (§ 347 unter 4 b); ferner die nichtigen Veräußerungen von Mündelgütern nach der orat. Severi (§ 378), ferner die Fälle, in denen die Giltigkeit eines Geschäfts von der Genehmigung eines Dritten, (des Vaters, Vormunds, Eigenthümers) abhängt, (denn diese Genehmigung wird, wenn sie später ertheilt wird, zurückbezogen, § 66 Note 13[11]). — Das relativ nichtige Geschäft erscheint durch die anerkennende Erklärung derjenigen Person, von deren Willkür sein Bestand abhängt, als von Anfang an giltig. — Bei dem anfechtbaren Geschäft tritt die Convalescenz (richtiger die Unanfechtbarkeit) leicht ein; denn die Anfechtungsbefugniß geht durch Verzicht, Verjährung, Anerkennung des Rechtsgeschäfts (Ratihabition)[11a] verloren.

III. Wegfall eines Erfordernisses. Ein Rechtsgeschäft, welches giltig abgeschlossen worden ist, kann hinterher ungiltig werden (Infirmation). Die Gründe hievon werden bei den einzelnen Rechtsgeschäften angegeben werden (vgl. § 269 N. 1. § 405 unter II. § 442 unter II). Einige Römische Juristen[12] waren der Ansicht, daß, wenn ein bei der Errichtung vorhandenes Erforderniß späterhin nicht mehr thatsächlich begründet ist, das Rechtsgeschäft ungiltig werde; allein dies ist nur zuweilen der Fall (z. B. die Sache, über welche das Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde, geräth extra commercium[13], der eingesetzte Erbe verliert

[6] l. 6. D. de resc. vend. 18, 5; l. 10. C. eod. 4, 44; l. 23. §§ 1. 7. l. 60. D. de aed. ed. 21, 1. — [7] l. 43. § 8. D. de aed. ed. 21, 1; l. 4. pr. D. qu. m. pign. 20, 6. — [8] l. 6. D. de resc. vend. 18, 5. — [9] l. 8. pr. D. mand. 17, 1; l. 12. D. de sct. Mac. 14, 6; l. 58. § 2. D. pro soc. 17, 2; l. 1. §§ 13. 30. D. dep. 16, 3. — [10] l. 29. D. de r. j. 50, 17; cf. l. 201. l. 210. eod. — [11] l. 7. pr. C. ad sct. Mac. 4, 28; l. 20. pr. D. de pign. a. 13, 7. — [11a] l. 3. § 1. D. de min. 4, 4; l. 4. C. de his quae vi 2, 20. — [12] l. 3. § 2. D. de his quae pro non scriptis 34, 8; l. 16. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 98. pr. D. de v. o. 45, 1. — [13] l. 83. § 5. l. 136. § 1. D. de v. o. 45, 1; § 2. I. de inut. st. 3, 19.

die Testamentifactio [14]), nicht aber immer [15] (z. B. nicht wenn die Partei handlungsunfähig wird [16] oder die Dispositionsbefugniß über die Sache verliert). — Noch weiter gingen Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts, indem sie die Behauptung aufstellten, daß ein jedes Rechtsgeschäft unter der clausula rebus sic stantibus abgeschlossen sei, und daß es „wegen veränderter Umstände" anfechtbar werde; diese Meinung wird zwar von den heutigen Romanisten verworfen, allein sie ist vielfach in Particularrechte übergegangen.

IV. Verwandlung eines Actes. Wenn ein Act die Erfordernisse desjenigen Rechtsgeschäfts, welches die Partei errichten will, nicht in sich trägt, wohl aber die eines anderen von derselben Art, so wird er als das letztere behandelt und aufrecht erhalten (Verwandlung, Conversion); daher liegt in einer bei einem Nichtverbalcontract angewendeten Acceptilatio (§ 268) ein pactum de non petendo [17]; beabsichtigt ein Soldat, regelmäßig zu testiren, beobachtet er aber die Formen des regelmäßigen Testaments nicht, so liegt doch ein militärisches Testament vor [18]. Ist freilich das bei einer solchen Behandlung des Actes entstehende Rechtsgeschäft von anderer Art als das beabsichtigte, so wird keine Verwandlung angenommen; daher liegt in einem nichtigen Testament nie ein Codicill (außer wenn die sog. Codicillarclausel ausdrücklich hinzugefügt ist [19]), in einer ungiltigen Stipulation kein Constitutum [20], in der Ehe eines impubes kein Verlöbniß [21].

IV. § 65. Mitwirkung und Stellvertretung bei Rechtsgeschäften.

Vergleiche die Literatur zu § 219. — Savigny, § 113.

Der Regel nach handeln die bei einem Rechtsgeschäfte auftretenden Personen im eignen Interesse, und die Wirkungen des Rechtsgeschäfts beziehen sich deshalb der Regel nach auf alle dabei betheiligten Personen. Es gibt aber I. Fälle, wo das Rechtsgeschäft nicht alle, sondern nur einige der handelnden Personen betrifft, II. Fälle, wo es gar nicht im Interesse der Handelnden, sondern dritter Personen vorgenommen wird. Im ersten Fall spricht man von Mitwirkung, im zweiten von Stellvertretung.

I. Mitwirkende, d. h. solche, die außer den Personen, welche das Rechtsgeschäft angeht, handeln. Die Mitwirkung kann freiwillig oder gesetzlich vorgeschrieben sein. Freiwillig: z. B. die Parteien ziehen des Beweises halber Zeugen (Beweiszeugen) zu. Gesetzlich vorgeschrieben: z. B. das Gesetz verordnet des Beweises halber die Zuziehung von Zeugen (so die Verordnung Kaiser Leo's über das pignus publicum vel quasi, die Verordnung Justinians über die Aufhebung eines Testaments), oder das Gesetz verordnet zur Erhöhung der feierlichen Form die Zuziehung von Zeugen (Solennitätszeugen; so bei Testamenten, bei Intercessionen der Frauen); oder das Gesetz verlangt

---

[14] l. 49. § 1. D. de her. inst. 28, 5. — [15] l. 85. § 1. D. de r. j. 50, 17; l. 140. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 31. pr. D. de don. 39, 4. — [16] l. 6. § 1. l. 20. § 4. D. qui test. fac. 28, 1; § 1. I. quib. non est. perm. 2, 12. — [17] l. 8. pr. l. 19. pr. l. 23. D. de acc. 46, 4; l. 5. pr. D. de resc. vend. 18, 5. — [18] l. 3. D. de test. mil. 29, 1. — [19] l. 1. D. de jure c. d. 29, 7. — [20] l. 1. § 4. D. de pec. const. 13, 5. — [21] l. 9. D. de spons. 23, 1.

die Zustimmung des Vaters (z. B. bei dem Darlehn des Hauskindes), des Vormunds (z. B. bei den Verpflichtungen eines Mündels), des Gerichts (z. B. bei der Veräußerung von Mündelgütern). Der Mitwirkende hat keinen Theil an den Wirkungen des Rechtsgeschäfts.

II. Stellvertreter sind Personen, die anstatt der Personen, welche das Rechtsgeschäft angeht, handeln. Die Stellvertretung ist in doppelter Weise denkbar: in der Willenserklärung und im Willen.

1. Stellvertretung in der Willenserklärung, d. h. so, daß die Personen, welche das Rechtsgeschäft angeht, selbst dessen Inhalt feststellen und nur die Erklärung ihres Willens durch einen Anderen vornehmen lassen, also durch einen Boten, welcher ein Organ behufs Aeußerung ihrer Entschlüsse ist, wie der Brief. Dieses ist zulässig, außer sofern die Form des Rechtsgeschäftes es verbietet, zulässig also bei Consensualcontracten[1], unzulässig bei Stipulationen. Der Bote hat keinen Theil an den Wirkungen des Rechtsgeschäfts.

2. Stellvertretung im Willen d. h. so, daß die Personen, welche das Rechtsgeschäft angeht, dessen Inhalt nicht selbst feststellen, vielmehr ist diese Feststellung einem anderen überlassen, und diesem werden allenfalls Instructionen ertheilt, innerhalb deren er sich bewegen soll. Ein solcher Vertreter erklärt nicht einen fremden Willen, sondern einen eignen, den er selbst gebildet und der vom Vertretenen anerkannt werden muß; selbst die Ertheilung von Instructionen bringt hierin keine Aenderung hervor, denn der Instruent hat bloß die Absicht auf das Rechtsgeschäft gerichtet, der Entschluß wird vom Vertreter gefaßt und ist dessen persönliche That. Die Vertretung im Willen ist in gewissen Fällen noch heute durchaus unzulässig; nämlich bei den Geschäften des Familienrechts (Adoption, Emancipation), ferner bei Errichtung eines Testaments (außer bei der Pupillarsubstitution), nach altem Römischem Recht auch bei mancipatio, in iure cessio, nach Justianischem Recht noch in gewissem Umfang bei der Erbschaftsantretung (§§ 419. 421). Wo sie aber zulässig ist, ist sie in doppelter Weise denkbar: entweder erklärt der Vertreter ausdrücklich, daß er das Geschäft für einen Anderen vornehme (offner Vertreter, Stellvertreter schlechthin), oder er gibt eine solche Erklärung nicht ab (stiller Vertreter, Ersatzmann, Zwischenperson, in den Quellen interposita persona[2]). — Fragt man nun nach den Wirkungen des durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, so läßt sich eine zwiefache Art denken, in welcher das Ziel der Stellvertretung erreicht wird, nämlich eine unmittelbare oder eine mittelbare. Unmittelbar: so, daß die eigentliche und nächste rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts sofort in der Person des Vertretenen und gar nicht in der Person des Vertreters entsteht, z. B. durch den Kauf, welchen der Andere für mich abschließt, werde ich Käufer in Recht und Pflicht, so daß der Stellvertreter gar kein Subject der durch ihn begründeten Obligation wird; Handlung und Erfolg

[1] l. 1. § 1. D. mand. 17, 1; l, 2. § 2. D. de o. et a. 44, 7; l. 14. § 3. D. de p. c. 13, 5. — [2] l. 18. D. de spons. 23, 1; l. 5. § 2. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 57. D. de cond. 35, 1; l. 4. D. de don. 39, 5.

treten hier in subjectiver Beziehung scharf auseinander. **Mittelbar:** so, daß der Vertreter nach außen in eignem Namen auftritt und die Wirkung des Geschäfts activ und passiv in seiner eignen Person begründet, das Verhältniß der Stellvertretung dagegen lediglich zwischen ihm und dem Vertretenen sich äußert; hier wird der Stellvertreter z. B. durch den Kauf, den er für mich schließt, selbst Käufer, der Verkäufer hat von dem Stellvertretungsverhältniß keine Notiz zu nehmen, und zwischen ihm und mir entsteht keine Obligation; dagegen muß nun kraft der anderen zwischen dem Vertreter und mir bestehenden Obligation der ökonomische Erfolg des Geschäfts in Vortheil und Nachtheil auf mich übertragen werden; Handlung und Erfolg bleiben hier subjectiv beisammen, dagegen treten hier zwei selbständige Rechtsverhältnisse scharf auseinander (das zwischen dem Vertreter und dem Dritten, und das zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen), und das Ziel der Stellvertretung wird hier mehr im entfernteren ökonomischen Resultat als in der nächsten förmlichen Rechtswirkung erreicht [3].

a. Tritt nun der Handelnde als stiller Vertreter auf, so beziehen sich die Wirkungen des Rechtsgeschäfts selbstverständlich nur auf ihn; mit anderen Worten: das Ziel der Stellvertretung ist nur **mittelbar** zu erreichen.

b. Aber auch wenn er als offner Vertreter handelt, gilt nach Römischem Recht dieselbe Regel. Niemand kann ein Rechtsgeschäft mit directer Wirkung für einen Anderen abschließen: nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest [4]; das Rechtsgeschäft, das in seinem Inhalt auf einen Anderen gerichtet wird, ist ungiltig: tibi non vis nec illi potes [5]. Der Grund hievon liegt eben darin, daß Erwerb und Verpflichtung eine Folge des Willens (des Entschlusses) sind, der Wille aber nicht dem Vertretenen angehört. Ausnahmsweise hat nach Röm. Recht das vom offnen Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft directe Wirkung für den Vertretenen bei dem Erwerbe des Besitzes [6]; deshalb ferner bei dem Erwerbe des Eigenthums, sofern er durch den Besitzerwerb (durch Occupation, Tradition, Ersitzung) geschieht [7]; deshalb ferner bei derjenigen Obligation, die durch Uebertragung des Besitzes und Eigenthums entsteht: dem Darlehn [8], und (nach einer Verordnung Justinians) auch bei dem Pfandrecht, welches zu Gunsten jenes Darlehns bestellt wird [9]; endlich in gewissem Umfang bei dem Erwerb des Erbrechts (§§ 419. 421) [10]. Als fernere Ausnahme führt man häufig auch die Regel des Römischen Civilrechts an, wonach jeder Erwerb einer gewaltunterworfenen Person sofort ihrem Gewalthaber zufällt [11]; allein die

---

[3] Keller, Pand. § 61. — [4] l. 73. § 4. D. de r. j. 50, 17. — [5] l. 6. C. si quis alteri 4, 50; l. 26. C. de jure dot. 5, 12. — [6] l. 1. per quas pers. 4, 27; l. 1. C. de acq. poss. 7, 32; l. 11. § 6. D. de pign. a. 13, 7; § 5. I. per qu. p. 2, 9; Paulli sent. V, 2. § 2. — [7] § 5. I. cit.; l. 20. § 2. D. de acq. r. d. 41, 1; l. 24. D. de n. g. 3, 5. — [8] l. 2. § 4. l. 9. § 8. D. de r. c. 12, 1; l. 2. C. per qu. p. 4, 27. — [9] l. 2. C. cit.; danach ist l. 21. pr. D. de pign. 20, 1 interpolirt; das ältere Recht steht in l. 11. § 6. D. de a. 13, 7. — [10] l. 3. § 7. l. 15. l. 16. D. de b. p. 37, 1; l. 18. pr. § 2. C. de j. d. 6, 30; l. 1. § 2. D. de off. p. C. 1, 19. — [11] l. 45. pr. D. de v. o. 45, 1; Gai. 2, 86—96. 3, 163. 167; pr. § 3. I. p. q. p. 2, 9.

Ausnahme ist nur scheinbar, denn jene Regel gilt, gleichviel ob der Gewaltunterworfene als Stellvertreter seines Gewalthabers handelt oder nicht d. h. sie gilt, gleichviel ob der Gewaltunterworfene für den Gewalthaber handeln will oder nicht. — Abgesehen von den soeben aufgeführten Ausnahmen läßt sich das Ziel der Stellvertretung nach Römischem Recht nur in der oben geschilderten mittelbaren Weise erreichen; ein Mittelweg, welchen das Prätorische Edict und die Juristen für gewisse Fälle bei Obligationen einschlugen, wird später (§ 221 sq.) dargestellt werden. Nach einem modernen schon im Mittelalter beginnenden Gewohnheitsrecht aber wird das Ziel der Stellvertretung unmittelbar erreicht: es hat das vom offenen Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft unmittelbar für den Vertretenen und nur für diesen Wirkung, und es lautet demgemäß die Fassung des Rechtsgeschäfts gewöhnlich nicht so, daß der Vertreter erklärt, er nehme das Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen vor, sondern so, daß er erklärt, der Vertretene nehme das Rechtsgeschäft durch ihn (den Vertreter) vor. Ueber die Bedeutung dieses Gewohnheitsrechts wird ein lebhafter Streit geführt, welcher, da er besonders die Obligationen betrifft, dort erörtert werden wird (§ 223). Im Canonischen Recht ist das Gewohnheitsrecht ausdrücklich anerkannt: potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum; qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum[12].

§ 66. Begründung des Stellvertretungsverhältnisses.

L. Seuffert, die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1868. — Zimmermann, L. v. d. stellvertretenden neg. gestio. 1876. — Vangerow, § 88.

In § 65 ist von dem Ziel der Vertretung die Rede gewesen; nunmehr soll ihr Anlaß und ihr Grund dargestellt werden. Es läßt sich der Anlaß auf zwei Thatsachen zurückführen. Einmal darauf, daß gewissen Personen die eigne Handlungsfähigkeit abgeht; in der Vertretung wird ein Ersatz für diesen Mangel geboten. Sodann darauf, daß bei gewissen Personen die eigne Handlungsfähigkeit wegen der Menge oder Art ihrer Geschäfte nicht zureicht; durch die Vertretung werden die juristischen Organe eines Jeden gleichsam vervielfältigt. Demgemäß hat die Vertretung ihren Grund:

1. In einem Amt, in dessen Geschäftskreis die Vertretung einer handlungsunfähigen Person fällt, namentlich in der Vormundschaft oder in der Verwaltung des Vermögens einer juristischen Person.

2. In einer Willenserklärung (Mandat), worin Jemand (dominus sc. negotii, Geschäftsherr, Principal) einen anderen (procurator) mit seiner Vertretung beauftragt[1]. Die Willenserklärung wird bei uns Vollmacht genannt, wenn darin der Beauftragte zum offnen Stellvertreter ernannt wird. Die Vollmacht kann dem Vertreter eine einzelne Befugniß übertragen (Specialvollmacht)[2] oder mehrere (Generalvollmacht); hervorzuheben ist diejenige, worin Jemand zum procurator omnium bonorum

[12] c. 68. c. 72. in VI. de r. j. 5, 12.
[1] t. D. 3, 3; t. C. 2, 13. de proc. — [2] l. 1. § 1. D. h. t. 3, 3.

(Generalbevollmächtigter im engern Sinn) bestellt wird; seine Befugnisse bestimmen sich nach der Natur des zu verwaltenden Vermögens; hienach bestimmt sich namentlich sein Recht zur Veräußerung, er kann also z. B. dann veräußern, wenn der Principal dies zu thun pflegte[3] oder wenn die Sachen zu einem Kaufmannsladen gehören; stets aber hat er das Veräußerungsrecht bei leicht verderblichen Sachen[4], um Schulden zu bezahlen[5], um eine Sache für eine andere an Zahlungsstatt anzunehmen[6]; niemals kann er schenken (dies wäre eine Liberalität aus fremder Tasche[7]), niemals ferner kann er an sich selbst veräußern[8]. Die frühere Theorie, worin unterschieden wurde, ob der Generalbevollmächtigte cum libera scil. administratione ernannt sei oder nicht, und wonach jenem ein freies Veräußerungsrecht, diesem hingegen ein Veräußerungsrecht nur im Fall der Noth gegeben wurde, ist nicht in den Quellen des Römischen Rechts gegründet, sondern erst aus einer Vorschrift des Canonischen Rechts[9] über den Proceßmandatar hervorgegangen; sie wird heut allgemein verworfen.

3. In einer nachträglichen Genehmigung (Ratihabition). Schließt Jemand ein Rechtsgeschäft für einen Anderen ab, ohne von ihm dazu beauftragt zu sein (negotiorum gestor[10], oft procurator[11] genannt), so ist das Rechtsgeschäft im Zustand der Schwebe, wie wenn es ein bedingtes wäre; genehmigt es aber der Geschäftsherr ausdrücklich oder stillschweigend, so gilt die Regel: ratihabitio mandato comparatur[12]; durch die Genehmigung wird das Rechtsgeschäft in allen Momenten, also auch in seiner zeitlichen Erscheinung bekräftigt, daher hat die Genehmigung rückwirkende Kraft[13], jedoch werden dadurch wohlerworbene Rechte dritter Personen nicht geschmälert.

V. Der Zweck des Rechtsgeschäfts.

A. § 67. Im Allgemeinen.

Da das Rechtsgeschäft die Handlung eines vernünftigen Wesens ist, so verfolgt der Handelnde mit demselben stets einen Zweck. Aber manches Rechtsgeschäft ist so gestaltet, daß der Zweck des Handelnden im Rechtsgeschäft selbst nicht zum Ausdruck gelangt und also nicht sichtbar ist; man nennt es alsdann ein abstractes Rechtsgeschäft; so die Eigenthumsübertragung durch Tradition, der sog. abstracte Vertrag (§§ 131. 214). Es darf jedoch nicht vergessen werden, daß auch bei dem abstracten Geschäft die Handelnden einen Zweck (causa traditionis, causa stipulationis) verfolgen; daraus erklärt es sich, daß, wenn sie ihn aufdecken, er einen doppelten Einfluß auf das abstracte Rechtsgeschäft äußert. Einmal insofern, als sich in dem Zweck die Voraussetzung, unter welcher ein Rechtsgeschäft

[3] l. 12. D. de pign. a. 13, 7; l. 60. D. de proc. 3, 3. — [4] l. 63. D. de proc. 3, 3. — [5] l. 59. eod. — [6] l. 58. eod. — [7] l. 7. pr. D. de don. 39, 5. — [8] l. 34. § 7. l. 46. D. de c. e. 18, 1. — [9] c. 4. in VI. de proc. 1, 19. — [10] t. D. de neg. gest. 3, 5. — [11] l. 13. § 12. D. de her. pet. 5, 3; l. 8. § 6. D. de lib. leg. 34, 3; l. 58. pr. § 2. D. de sol. 46, 3. — [12] l. 12. § 4. D. de sol. 46, 3; l. 60. D. de r. j. 50, 17. — [13] l. 25. i. f. C. de don. i. v. e. u. 5, 16; l. 7. pr. C. ad sct. Mac. 4, 28; l. 24. § 1. D. rat. rem. 46, 8; vgl. auch l. 24. D. de neg. gest. 3, 5.

eingegangen worden ist, darstellt, daher bei ermangelnder Voraussetzung das Rechtsgeschäft rückgängig gemacht werden kann (§ 60). Sodann insofern, als gewisse Zwecke eine eigenthümliche Beurtheilung des Rechtsgeschäfts nach sich ziehen; es unterliegt nämlich das Rechtsgeschäft eigenthümlichen Grundsätzen, wenn sein Zweck eine Schenkung, eine Mitgiftsbestellung, ein Vermächtniß ist. Jedes Rechtsgeschäft mit einem der gedachten Zwecke unterliegt besonderen Grundsätzen; daher gehört die Darstellung in den allgemeinen Theil der Pandekten; allein die Lehre von der Dos wird gewöhnlich an die von der Ehe, die Lehre von den Vermächtnissen an das Erbrecht angeschlossen — durchaus passend, weil sie mit jenen Materien im engsten Zusammenhange stehen. Daher bleibt für den allgemeinen Theil nur die Darstellung der Schenkung übrig.

B. Die Schenkung.

tt. D. 39, 5; C. 8, 54; I. 2, 7: de donationibus. — v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach Römischem Recht. 2 Bde. 1835. 1837. — Savigny, §§ 142—176. — Vangerow, §§ 120—125.

1) § 68. Begriff und Erfordernisse.

Savigny, §§ 142—161. — Vangerow, § 121.

Schenkung (donatio) im weiteren Sinne bedeutet jede vermögensrechtliche Liberalität, d. h. jedes Rechtsgeschäft, welches auf unentgeltliche Zuwendung eines Vermögensvortheils gerichtet ist[1]; in diesem Sinne liegt auch im Vermächtniß[2], Precarium[3], Commodat, Depositum, Mandat eine Schenkung. Im engeren Sinne ist Schenkung (donatio) diejenige Liberalität, welche eine Minderung des Vermögens des Zuwendenden (donator, is qui donat), und eine Vermehrung des Vermögens des Empfängers (sog. donatarius) enthält[4]. Nur von der Schenkung im engeren Sinne ist im Nachstehenden die Rede; ihre Merkmale sind:

I. Sie ist eine Liberalität, d. h. eine unentgeltliche, freiwilige, aus Gunst gegen den Empfänger vorgenommene Zuwendung.

1. Eine unentgeltliche Zuwendung; daher bildet das sog. onerose Geschäft den Gegensatz der Schenkung[5]; wohl aber liegt eine Schenkung vor, wenn nur der Schein des onerosen Geschäfts gewählt worden ist, z. B. bei der wissentlichen Bezahlung einer Nichtschuld[6]. Es kann in demselben Rechtsgeschäft eine unentgeltliche Zuwendung mit einer entgeltlichen vermischt werden (negotium mixtum cum donatione[7]) z. B. der Verkauf einer Sache zu einem aus Gunst gegen den Käufer zu niedrig bemessenen Kaufpreis[8], der Erlaß der Evictionsverpflichtung Seitens des Käufers aus Gunst gegen den Verkäufer[9], die

---

[1] cf. l. 29. pr. D. h. t. 39, 5. — [2] l. 36. D. de leg. 2. (31); § 1. I. de leg. 2, 20. — [3] l. 14. D. de prec. 43, 26; l. 14. § 11. D. de furt. 47, 2. — [4] cf. l. 1. pr. § 1. D. h. t. 39, 5. — [5] l. 19. §§ 5. 6. D. h. t. 39, 5; l. 3. § 1. D. de o. et a. 44, 7. — [6] l. 53. D. de r. j. 50, 17. — [7] l. 18. pr. D. h. t. 39, 5. — [8] l. 5. § 5. l. 31. § 3. l. 32. § 26. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — [9] l. 31. § 4. D. de d. i. v. et u. 24, 1.

donatio sub modo[10] (§ 70) u. dgl. m.; dann ist, sofern es angeht, derjenige Theil des Rechtsgeschäfts, welcher eine Schenkung enthält, von dem übrigen zu trennen, und als Schenkung zu behandeln[11]; vgl. § 347 Note 9.

2. Eine freiwillige Zuwendung[12]; daher ist es keine Schenkung, wenn der Zuwendende zur Zuwendung irgendwie rechtlich verpflichtet war, z. B. zur Zahlung einer Naturalobligation[13], zur remissio mercedis an den Pächter; dahingegen schließt das Vorhandensein einer sog. Liebespflicht (Verwandtschaft, Mitleid, Freundschaft) den Begriff der Schenkung nicht aus.

3. Eine aus Gunst gegen den Empfänger (animus donandi) geschehene Zuwendung; daher liegt keine Schenkung im Vergleich (er wird abgeschlossen, um einen Proceß zu vermeiden[14]), noch in der Herabsetzung des Zinsfußes oder in der gänzlichen Aufhebung des Zinsversprechens[15], noch in der Vorausbezahlung einer Schuld[16] (denn dies Alles geschieht in der Regel aus commerciellen Motiven, „aus Geschäftsrücksichten"), noch darin, daß Jemand eine Sache aus Noth unterm Werthe verkauft oder aus Bedürfniß überm Werthe bezahlt.

II. Sie ist eine Verminderung des Vermögens des Zuwendenden. Daher liegt keine Schenkung in der Erbeinsetzung noch in der Anordnung eines Vermächtnisses[17]; ferner nicht in der Ausschlagung eines Erwerbes (z. B. einer Erbschaft, auffallender Weise auch nicht in der Ausschlagung eines Vermächtnisses zu Gunsten eines Anderen[18]) ferner nicht in der Zuwendung einer fremden Sache[19], im Precarium, Depositum[20] und dgl. mehr. Wohl aber ist es eine Schenkung, wenn Jemand einem Anderen das Bewohnen seines Hauses, das Ziehen der Früchte aus seinem Landgut liberaler Weise gestattet[21] (denn die zukünftige Nutzung solcher Sachen ist bereits ein gegenwärtiger Bestandtheil des Vermögens des Zuwendenden), ebenso wenn der Gläubiger seinem Schuldner rückständige Zinsen erläßt[22].

III. Sie ist eine Vermehrung des Vermögens des Empfängers[23]. Daher liegt keine Schenkung in der Bestellung von Pfand oder Bürgschaft an den Gläubiger[24], (denn dessen Vermögen wird hierdurch nur gegen Verluste sicher gestellt), noch umgekehrt in dem Erlaß eines Pfandrechts oder einer Bürgschaft Seitens des Gläubigers[25]. Ferner nicht in einer Zuwendung mit einer solchen Auflage, daß der Empfänger das Zugewendete nicht behalten kann, z. B. der Empfänger soll die Sache an Jemanden weitergeben, zu religiösen Zwecken verwenden,

---

[10] l. 18. §§ 1. 2. D. h. t. 39, 5. — [11] l. 5. §§ 2. 5. D. de d. i. v. et u. 24, 1; cf. l. 18. pr. D. h. t. 39, 5. — [12] l. 18. D. de ad leg. 34, 4. — [13] l. 19. § 4. D. h. t. 39, 5. — [14] l. 1. D. de transact. 2, 15; l. 65. § 1. D. de c. i. 12, 6. — [15] l. 23. pr. D. h. t. 39, 5. — [16] l. 31. § 6. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — [17] l. 5. §§ 13. 16; l. 31. § 7. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — [18] l. 5. §§ 13. 14. D. de d. i. v. et u. 24, 1; cf. l. 31. § 7. eod. — [19] l. 25. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — [20] l. 9. § 3. D. de j. d. 23, 3; l. 58. § 2. D. de d. i. v. et u 24, 1. — [21] l. 9. pr. § 1. D. h. t. 39, 5; l. 49. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 8. C. eod. 5, 16; l. 20. C. de j. d. 5, 12. — [22] l. 21. § 4. l. 54. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — [23] l. 5. §§ 8. 16. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — [24] l. 1. § 19. D. si quid in fraud. 38, 5. — [25] l. 18. D. quae in fraud. 42, 8; l. 1. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6.

das zugewendete Grundstück als Grabstätte benützen, die zugewendeten Sklaven freilassen[26]. Wohl aber liegt eine Schenkung in der Ersparung einer nothwendigen Ausgabe z. B. in der liberalen Gewährung von Wohnung oder Kost[27].

Die dargestellten drei Merkmale finden sich in Rechtsgeschäften von der verschiedensten juristischen Natur vor; mit anderen Worten: die verschiedensten Rechtsgeschäfte dienen als Mittel zum Zweck einer Schenkung: a. die Gewährung von Besitz[28], Eigenthum (rerum donatio[29]), dinglichen Rechten an fremder Sache[30], Forderungen[31]; b. die Abgabe eines Versprechens (sog. Schenkungsversprechen[32]); c. die Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung[33] oder von einer Schuld[34]. Man pflegt deshalb zu sagen: die Schenkung kann dando, obligando, liberando geschehen. — Die Rechtsgeschäfte, welche zum Zweck einer Schenkung vorgenommen werden, können nicht bloß zweiseitige sein, sondern auch einseitige z. B. es sät oder baut Jemand auf fremdem Boden schenkungshalber seinen Samen resp. seine Baumaterialien[35], ferner eine schenkungshalber abgegebene Pollicitation, die Bezahlung einer fremden Schuld in Schenkungsabsicht[36] und dgl. mehr. Unrichtig ist eine weitverbreitete Meinung, wonach in den Fällen des einseitigen Rechtsgeschäfts die Schenkung erst dann perfekt wird, wenn der Bereicherte seine Zustimmung zu der Vermehrung seines Vermögens giebt; die Quellenzeugnisse, welche für diese Meinung angeführt werden[37], beziehen sich auf Schenkungen, welche durch zweiseitige Rechtsgeschäfte vollzogen werden; überdies werden in den Quellen einseitige Rechtsgeschäfte, namentlich die Bezahlung fremder Schulden, als Schenkungen behandelt, ohne daß der Zustimmung des Bereicherten als erforderlich gedacht wird[38]. — Die Schenkung kann sowohl unter Lebenden als von Todeswegen erfolgen (donatio inter vivos — mortis causa[39]); die letztere wird passender im Zusammenhang mit den Vermächtnissen dargestellt werden (§ 459).

2) § 69. Eigenthümliche Grundsätze der Schenkung unter Lebenden.

Savigny, § 162—169. — Vangerow, § 122—124.

Der Umstand, daß mit einem Rechtsgeschäft eine Schenkung bezweckt wird, war im alten Civilrecht nur in Einer Beziehung wichtig: Schenkungen unter Ehegatten waren von Alters her (moribus d. h. durch altes Gewohnheitsrecht[1a]) verboten. Gegen Ausgang der Republik aber war

[26] l. 49. l. 5. §§ 8—12. 17. l. 7. §§ 8. 9. D. de d. i. v. et u. 24. 1; l. 22. C. eod. 5, 16. — [27] l. 9. pr. D. h. t. 39, 5; l. 31. § 10. l. 50. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; cf. l. 46. § 1. D. de sol. 46, 3. — [28] l. 46. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — [29] l. 23. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — [30] l. 9. pr. l. 27. D. h. t. 39, 5; l. 12. § 2. l. 38. l. 40. D. de usufr. 7, 1; l, 1. § 7. D. de sup. 43, 18. — [31] l. 2. § 1. l. 21. § 1. D. h. t. 39, 5; l. 2. l. 3. C. h. t. 8, 54. — [32] l. 35. § 5. C. h. t. 8, 53. — [33] l. 17. D. comm. praed. 8, 4. — [34] l. 17. D. h. t. 39, 5; l. 7. § 7. l. 50. pr. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — [35] l. 14. D. h. t. 39, 5; l. 2. i. f. C. de r. v. 3, 32. — [36] l. 8. i. f. D. de nov. 46, 2; l. 23. l. 91. D. de sol. 46, 3. — [37] l. 19. § 2. cf. l. 10. D. h. t. 39, 5; l. 18. pr. D. de r. c. 12, 1; cf. l. 44. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 55. D. de o. et a. 44, 7; l. 16. C. de j. delib. 6, 30; Cic. top. c. 8. — [38] l. 5. §§ 6. 7. l. 7. § 7. l. 50. pr. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 23. D. de sol. 46, 3. — [39] l. 67. § 1. D. de v. s. 50, 16; § 1. I. h. t. 2, 7.

[1a] l. 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1.

die Gesetzgebung von dem Gedanken beherrscht, daß Schenkungen und verwandte Geschäfte (Vermächtnisse, Bürgschaften[1]) einem auf sein Hauswesen wohlbedachten Hausvater nur mit Maßen ziemen, und daher finden sich im späteren und heutigen Rechte vier den Schenkungen eigenthümliche Rechtsgrundsätze:

I. Die Nichtigkeit unter Ehegatten;

II. Die Nothwendigkeit der Beobachtung einer gewissen Form in gewissen Fällen;

III. Die Widerruflichkeit in gewissen Fällen;

IV. Die Anfechtbarkeit durch die Pflichttheilserben in gewissem Maße. Hingegen ist die Befugniß der Gläubiger, die Schenkungen des Schuldners bei seiner Zahlungsunfähigkeit anzufechten, kein den Schenkungen eigenthümlicher Grundsatz; sie bezieht sich vielmehr auf *alle* Handlungen des Gemeinschuldners, wodurch er sein Vermögen zum Nachtheil der Gläubiger vermindert (§ 235).

ad I. Hierüber das Genauere s. in § 347.

ad II.

1. *Historische Einleitung.* Für Schenkungen wurden besondere Formen durch die lex Cincia von 549 u. c. eingeführt, welche Schenkungen an den plädirenden Sachwalter verbot, ferner Schenkungen über ein gewisses (uns unbekanntes) Maß nur an gewisse nahverbundene Personen (personae exceptae) gestattete, und endlich die Schenkung an eine nicht nahverbundene Person erst dann für perfekt erklärte, wenn sie juristisch und zugleich thatsächlich (durch Uebergabe der geschenkten Sache) derartig erfüllt war, daß der Beschenkte im Besitzprocesse siegen mußte. Spuren von diesem Gesetz, welches erst in der nachclassischen Zeit allmählich außer Gebrauch kam, finden sich vielfach in der Justinianischen Compilation[2]; an seine Stelle trat seit Constantius Chlorus die Vorschrift der gerichtlichen Insinuation, ursprünglich in Verbindung mit noch anderen Förmlichkeiten (Abfassung einer Urkunde, Zuziehung von Zeugen, Tradition der Sache), später ohne dieselben[3]; ursprünglich für alle Schenkungen, später nur für die Schenkungen über ein gewisses Maß hinaus, als welches Justinian zuletzt 500 Solidi festsetzte[4]; Schenkungen unter dieser Summe erklärte Justinian für völlig formfrei, so daß das formlose Schenkungensversprechen (pactum donationis) zu einem klagbaren wurde[5] (sog. pact. legitimum, s. § 209 Note 29).

2. *Dogmatische Darstellung.* Es ist zu unterscheiden zwischen Schenkungen bis zum Werthe von 500 Solidi und darüber. Dem Solidus, welcher genau genommen 3 Thlr $29\frac{1}{5}$ Sgr. werth ist, hat die Praxis des 17. Jahrhunderts den ungarischen oder den Reichsducaten substituirt, welcher vier Gulden im 18 Guldenfuß hatte, also $3\frac{1}{9}$ Thlr. werth war, sodaß nach unserem Gelde 500 Solidi $1555\frac{5}{9}$ Thlr. betragen; Viele, von der irrigen Annahme des 20 Guldenfußes ausgehend, bei welcher der Ducaten bloß den Werth von $2\frac{1}{5}$ Thlr. hat, bestimmen die Summe auf

[1] Gai. 2, 224 sqq. 3, 121 sqq. — [2] l. 24. l. 34. D. h. t. 39, 5. l. 42. D. de m. c. don. 39, 6; l. 2. C. vi bon. rapt 9, 33. — [3] l. 25. l. 29. l. 31. C. h. t. 8, 54. — [4] l. 36. § 3. cf. l 34. pr. C. h. t. 8, 54; § 2. I. h. t. 2, 7. — [5] l. 35. § 5. C. h. t. 8, 54; § 2. I. h. t. 2, 7.

1400 Thlr. Schenkungen bis zu diesem Betrage unterliegen keinen besonderen Formen, größere Schenkungen (gleichviel ob dando, obligando, liberando) müssen gerichtlich (bei irgend einem Gericht [6]) zu Protocoll erklärt (insinuirt) werden [7]. Mehrere ungleichzeitige Schenkungen Seitens derselben Person an dieselbe Person werden nicht zusammengerechnet, außer wenn eine einzige Schenkung beabsichtigt und die Theilung in mehrere in fraudem legis geschehen ist [8]. Bei der Schenkung einer Rente auf unbestimmte Zeit sind nach einer Verordnung Justinians [9] (deren Sinn freilich wegen ihrer dunklen Fassung bestritten ist) folgende Fälle zu unterscheiden: ist die Rente auf die Lebenszeit sowohl des Schenkers wie des Beschenkten beschränkt, so ist auf den einmaligen Betrag der Rente zu sehen; ist sie aber vererblich, sei es auf beiden Seiten oder bloß auf der Seite des Schenkers oder bloß auf der des Beschenkten, so ist die gerichtliche Insinuation unbedingt erforderlich. Bei der Schenkung einer Rente auf bestimmte Zeit sind die sämmtlichen Beträge zusammenzurechnen. — Ist die Insinuation in einem Falle, wo sie erforderlich war, unterblieben, so ist die Schenkung hinsichtlich des Betrages über 500 Solidi hinaus nichtig [10] und es entsteht daher, wenn eine körperliche Sache geschenkt wird, Miteigenthum zwischen dem Schenker und Beschenkten nach Verhältniß des Werthes [11]. — In einigen Fällen darf auch bei Schenkungen über 500 Solidi hinaus die gerichtliche Insinuation unterbleiben: bei schenkungsweisen Pollicitationen an eine Stadtgemeinde [12] (§ 211), bei Schenkungen des Fürsten oder an denselben [13], bei Schenkungen des Kriegsobersten an die Soldaten [14], bei Schenkungen zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude [15], bei Bestellung einer dos und donatio propter nuptias, sofern darin eine Schenkung an die Frau resp. an den Mann liegt [16], bei Schenkungen zum Loskauf von Gefangenen [17].

ad III. Nach classischem Rechte konnte der Patron Schenkungen an den Freigelassenen ohne allen Grund widerrufen [18], ebenso Eltern Schenkungen an ihre Kinder wegen Undanks [19]; im nachclassischen Recht wurde einerseits das Widerrufungsrecht des Patrons an bestimmte Gründe geknüpft: an die Undankbarkeit des Freigelassenen und an nachgeborene Kinder des Patrons [20]; andererseits wurde der Widerruf der Schenkung aus diesen Gründen jedem Schenker gestattet [21]. Hiernach gestaltet sich das Justinianische und heutige Recht folgender Maßen:

1. Wegen Undanks des Beschenkten gegen den Schenker können alle Schenkungen widerrufen werden [22]. Undank liegt in grober wörtlicher Beleidigung, in Thätlichkeiten, in Zuziehung bedeutenden Vermögensverlustes, in absichtlicher Herbeiführung einer Lebensgefahr, in Nichterfüllung der bei der Schenkung gemachten Auflage (§ 70 unter II). Ist das Geschenk

[6] l. 30. C. h. t. 8, 54; Nov. 127. c. 2. — [7] l. 36. § 3. C. h. t. 8, 54. — [8] l. 34. § 3. C. h. t. 8, 54. — [9] l. 34. § 4. C. h. t. 8, 54. — [10] l. 34. pr. C. h. t. 8, 54. — [11] l. 34. § 2. C. h. t. 8, 54. — [12] l. 3. § 1. D. de poll. 50, 12. — [13] l. 34. pr. C. h. t. 8, 54; Nov. 52. c. 2. — [14] l. 36. § 1. C. h. t. 8, 54. — [15] l. 36. § 2. C. h. t. 8, 54. — [16] l. 31. pr. C. de j. d. 5, 12; Nov. 119. c. 1; Nov. 117. c. 2. — [17] l. 36. pr. C. h. t. 8, 54. — [18] fr. Vat. 212. 213. — [19] l. 31. § 1. D. h. t. 39, 5; l. 7. l. 9. C. de rev. don. 8, 56. — [20] l. 1. l. 8. C. de rev. don. 8, 56. — [21] l. 5. C. de inoff. don. 3, 29; l. 10. C. de rev. don. 8, 56. — [22] l. 10. C. de rev. don. 8, 56.

von einer Mutter ihrem Kinde gegeben, und heirathet sie später nochmals, so sind die Widerrufungsgründe weniger zahlreich (§ 350); eine Mutter, welche einen unsittlichen Lebenswandel führt, kann die Geschenke an ihre Kinder überhaupt nicht widerrufen. Der Widerruf kann nur vom Schenker, nicht auch von seinen Erben, nur gegen den Beschenkten, nicht auch gegen seine Erben geltend gemacht werden[23]. Die Folge des Widerrufs ist nicht die Nichtigkeit der Schenkung, sondern ein persönlicher Anspruch auf Rückgabe des Geschenks resp., wenn der Beschenkte es im Augenblick des Widerrufs nicht mehr hat, auf seine Bereicherung[24], welcher mit einer condictio ex lege gerichtlich geltend gemacht werden kann.

2. Wegen nachgeborener Kinder kann der Patron Schenkungen an den Freigelassenen durchaus widerrufen[25], andere Schenker können es nur dann und insoweit, als es nöthig ist, um ihren nachgeborenen Kindern den Pflichttheil ihres Vermögens berechnet nach der Zeit der Schenkung zu verschaffen[26]. Allein die Praxis hat die Römischen Grundsätze über das Widerrufsrecht verallgemeinert: jeder Schenker kann das ganze Geschenk wegen nachgeborener Kinder widerrufen, wenn er nachweist, er würde das Geschenk, falls er die Geburt des Kindes vorausgesehen, nicht gemacht haben.

ad IV. Hierüber das Genauere s. § 415 unter VI.

3) § 70. Einzelne Arten von Schenkungen.

Harburger, die remuner. Schenkung. 1875. — Savigny, §§ 153. 175. — Vangerow, § 125.

I. Remuneratorische Schenkung (belohnende Schenkung, Schenkung zur Wiedervergeltung). Die juristische Natur derselben ist streitig. Nach der herrschenden Meinung ist sie eine wahre Schenkung, und unterliegt demnach den Grundsätzen des § 69; nur schließen Viele die Widerruflichkeit wegen Undanks aus, Andere nehmen das Geschenk wegen Lebensrettung ganz aus. Die herrschende Meinung ist unrichtig, denn die Quellen[1] nennen die remuneratorische Schenkung eine merces d. h. eine Gegenleistung für eine Leistung (für Dienste, für ein Geschenk); sie erklären sie ausdrücklich als Erfüllung einer Naturalobligation (§ 230 unter III. 5)[1a]; sie behandeln sie auch als solche, namentlich als formfrei[2] und unwiderruflich[3].

II. Schenkung mit einer Auflage (donatio sub modo[4]). Insoweit die Auflage reicht, ist das Rechtsgeschäft keine Schenkung sondern es bewirkt eine Verpflichtung des Empfängers zu einer Leistung an den Geber selbst[5] oder an einen Dritten[6] oder zu irgend einer anderen

---

[23] l. 1. l. 7. l. 10. C. de rev. don. 8, 56. — [24] l. 7. C. cit. — [25] S. oben N. 20. — [26] l. 5. C. d. de inoff. don. 3, 29.

[1] l. 19. § 1. l. 27. l. 34. § 1. D. h. t. 39, 5; cf. l. 25. § 11. D. de h. p. 5, 3; l. 10. § 13. l. 12. D. mand. 17, 1; l. 10. § 7. i. f. D. de in rem. v. 15, 3. — [1a] l. 25. § 11. D. de her. pet. 5, 3. — [2] l. 27. D. h. t. 39, 5. — [3] l. 34. § 1. D. h. t. 39, 5; Pauli sent. rec. V. 11. § 6. — [4] t. C. 8, 55: de donationibus quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur. — [5] l. 1. l. 2. C. h. t. 8, 55; l. 9. l. 22. C. de don. 8, 54; l. 3. C. de c. e. 4, 38; l. 8. C. de rer. perm. 4, 64. — [6] l. 3. C. h. t. 8, 55.

Handlung[7]. Demgemäß hat der Schenker bei schuldvoller Nichterfüllung des Modus die Wahl, ob er von dem Beschenkten (mit einer actio praescriptis verbis, § 209 Note 19) die Erfüllung der Auflage[8] oder (mit der condictio ob causam datorum) die Rückgabe des Geschenks[9] verlangen wolle (§ 60 unter I.). Die Erfüllung der Auflage kann, wenn sie einem Dritten zum Vortheil gereicht, von diesem verlangt werden[10]. Die Rückgabe des Geschenks kann der Schenker, wenn die Auflage die Leistung von Alimenten zum Gegenstande hat, von jedem Besitzer verlangen: er hat in diesem Falle eine rei vindicatio utilis[11].

III. Das Schenkungsversprechen (donatio obligando) hat einige Eigenthümlichkeiten. Der Schenker hat das benef. competentiae (§ 228 unter IV); er haftet nicht wegen des commodum rei (§ 238), nicht wegen Verzugszinsen[12] (§ 42 N. 10), nicht wegen Mängel der Sache[13] (§ 239). Ob er auch im Falle der Eviction (§ 288) aufkommen müsse, ist bestritten; nach deutlichen Quellenzeugnissen haftet er nicht bei der donatio dando (außer wegen Dolus[14]), ferner nicht bei der donatio obligando, welche eine Species zum Gegenstand hatte[15]; dahingegen haftet er bei der donatio obligando, wenn er eine Gattungssache zu liefern versprach[16]; wird nämlich das von ihm Gelieferte evincirt, so erweist sich sein Versprechen als unerfüllt, und er muß es nunmehr erfüllen; nicht aber haftet er (wie Viele behaupten) auf das Interesse wegen Nichterfüllung: ne liberalitatis suae poenam patiatur[16a].

IV. Schenkung des ganzen Vermögens (donatio omnium bonorum). Sie ergreift nur das gegenwärtige Vermögen, das zukünftige nur dann, wenn sie ausdrücklich darauf gerichtet wird (was Einige für unzulässig halten). Sie enthält keine Universalsuccession zwischen dem Beschenkten und dem Schenker, daraus folgt zweierlei:

1. An den körperlichen Sachen des Schenkers erwirbt der Beschenkte das Eigenthum erst, wenn sie ihm tradirt worden sind[17]; bei Forderungen bedurfte es in classischer Zeit einer besonderen Cession[18], diese ist jedoch gemäß der späteren Entwicklung der Cessionsgrundsätze (§ 248) im Justinianischen Recht[19] weggefallen.

2. Der Beschenkte haftet den Gläubigern des Schenkers nicht auf Bezahlung von dessen Schulden, wohl aber kann der Schenker (mit einer actio praescriptis verbis, § 209 Note 19) die Bezahlung seiner Schulden von ihm verlangen[20]; begiebt sich der Schenker dieses Rechts, so können seine Gläubiger die Schenkung anfechten[21] (§ 235).

---

[7] l. 2. § 7. D. de don. 39, 5; l. 71. pr. D. de cond. 35, 1; l. 13. § 2. l. 14. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 36. § 2. C. de don. 8, 54. — [8] l. 9. l. 22. C. de don. 8, 54; l. 8. C. de rer. perm. 4, 64; l. 3. C. de c. e. 4, 38. — [9] l. 3. l. 8. C. de cond. ob. c. dat. 4, 6. — [10] l. 3. C. h. t. 8, 55. — [11] l. 1. C. h. t. 8, 55. — [12] l. 22. D. h. t. 39, 5. — [13] l. 62. D. de aed. ed. 21, 1. — [14] l. 18. § 3. D. h. 39, 5; l. 131. § 1. D. de v. o. 45, 1; cf. l. 2. C. de ev. 8, 45. — [15] l. 45. § 2. l. 46. D. de leg. 1. (30). — [16] arg. l. 46. l. 45. § 1. D. de leg. 1. (30). — [16a] l. 62. D. de aed. ed. 21, 1. — [17] l. 35. §§ 4. 5. C. h. t. 8, 54. — [18] l. 11. C. h. t. 8, 54; l. 3. pr. D. pro soc. 17, 2; fr. Vat. 263. — [19] l. 33. C. h. t. 8, 54. — [20] l. 28. D. h. t. 39, 5; l. 72. pr. D. de j. d. 23, 3; l. 2. C. de cond. ob. c. dat. 4, 6. — [21] l. 17. § 1. D. quae in fr. cred. 42, 8.



Zweiter Titel.

§ 71. Die unerlaubte Handlung.

Hasse, die Culpa des Römischen Rechts. 2. Aufl. 1838. — Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 3. 1855. — Vangerow, §§ 103—110. — Vergl. außerdem die Literatur zu § 243.

A. Begriff. Unerlaubt im privatrechtlichen Sinne sind solche Handlungen, durch welche bestehende Rechte in rechtswidriger Weise verletzt werden. Zum Begriff der unerlaubten Handlung gehört demnach:

I. Eine Rechtsverletzung, d. h. eine Handlung (eine positive oder negative z. B. die Nichtbefriedigung des Gläubigers), deren Folge ein Schaden ist; wo kein Schaden eingetreten, sondern bloß der Versuch einer Beschädigung gemacht worden ist, bleibt der Handelnde privatrechtlich ohne Rüge. — Der Schaden besteht meist in einer Minderung des Vermögens, häufig aber in der Verletzung anderer Güter des Menschen: so bei der Ehrverletzung, Mißhandlung u. s. w. — Die Vermögensminderung ist in der verschiedensten Weise denkbar: als Besitzentziehung (beim Diebstahl und der Dejection des Besitzers aus einem Grundstück), als Verschlechterung oder Vernichtung einer fremden Sache (bei dem damnum iniuria datum), als Nichtleistung oder Vorenthaltung von Sachen und Diensten, als Anmaßung von Befugnissen an fremden Sachen u. s. w. — Weil jede unerlaubte Handlung einen Schaden voraussetzt, so besteht ihre Folge in der Pflicht zum Ersatz des Schadens (§ 243), natürlich nur so weit er ersetzbar ist; unersetzbar ist er z. B. bei der Ehrverletzung. Der Schaden, welcher das Vermögen betrifft, heißt in den Quellen id quod interest (bei uns Interesse), commodum, utilitas, damnum, zuweilen quanti ea res est[1]; einen Theil desselben kann der Werth einer Sache bilden (in den Quellen: verum rei pretium, aestimatio, zuweilen quanti ea res est[2], vgl. § 45). Häufig ist mit der unerlaubten Handlung eine Strafe verbunden (§ 81).

II. Die Rechtswidrigkeit der Rechtsverletzung. Es giebt Rechtsverletzungen, welche nicht rechtswidrig sind; so wenn Jemand im Nothstand oder in der Nothwehr handelt[3]. Wo aber eine Rechtswidrigkeit vorhanden ist, liegt sie entweder in der Natur der schädigenden Handlung (so wenn Jemand eine fremde Sache ihrem Eigenthümer ohne Grund vorenthält oder sich Befugnisse daran anmaßt) oder sie setzt eine Schuld des Handelnden (culpa im weiteren Sinn[4]) voraus. Einer Schuld ist nur derjenige fähig, welcher zurechnungsfähig ist, d. h. Derjenige, welcher das Bewußtsein seiner selbst und der Außenwelt sowie ein entwickeltes Pflichtbewußtsein hat; dieses fehlt den juristischen Personen, den Kindern[5], Geisteskranken[6], Trunkenen, ununterrichteten Taubstummen, infantiae

[1] l. 68. D. de r. v. 6, 1; l. 3. § 11. D. uti poss. 43, 17. — [2] l. 179. l. 193. D. de r. j. 50, 16; l. 1. § 4 D. si quis jus 2, 3; l. 9. § 8. D. ad exh. 10, 4. — [3] l. 4. l. 5. pr. l. 29. §§ 3. 7. l. 45. § 4. l. 49. § 1. l. 52. D. ad l. Aq. 9, 2. — [4] l. 5. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 3. D. dep. 16, 3; l. 91. § 3. D. de v. o. 45, 1; l. 38. D. sol. matr. 24, 3. — [5] l. 60. D. de r. v. 6, 1. — [6] l. 5. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 111. pr. D. de r. j. 50, 17.

proximi; die pubertati proximi sind theilweis zurechnungsfähig, es ist nämlich möglich, daß sie einen Dolus begehen (§ 21). — Die Schuld kann doppelter Art sein:

1. dolus, (dolus malus, Arglist, böser Vorsatz) d. h. der aus böser Absicht hervorgegangene Wille zu beschädigen. Wer nicht weiß, daß seine Handlung eine Beschädigung enthält, will nicht beschädigen und begeht keinen Dolus (z. B. wer eine fremde Sache sich aneignet in dem Glauben, daß der Eigenthümer zustimme[7]). Wer es zwar weiß, aber aus sittlich nicht verwerflichen Motiven handelt, begeht gleichfalls keinen Dolus; so wer einen gefesselten Sklaven aus Mitleiden (misericordia) befreit[8], wer einen Auftrag zum Ankauf einer Sache aus Freundschaft für einen anderen Kauflustigen (gratia) unausgeführt läßt[9], wer im Uebermuth (luxuria) Feuer anstiftet[10]. — Besonders bemerkenswerth ist derjenige dolus, der in der Erregung eines Irrthums besteht: omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita[11]; wir nennen ihn Betrug; s. § 51 unter I. 2.

2. culpa im engeren Sinn (negligentia, desidia, Fahrlässigkeit, Versehen), d. h. der Mangel an Sorgfalt, an Besonnenheit, durch deren Anwendung die Beschädigung hätte vermieden werden können. Die Culpa kann eine grobe oder geringe sein; um dies festzustellen bedient man sich als Maßstab der Art eines gewöhnlichen Menschen oder der Art Desjenigen, der die unerlaubte Handlung begangen hat, oder endlich der Art eines ordentlichen Hausvaters:

a. Wer selbst nicht einmal die Sorgfalt jedes gewöhnlichen Menschen anwendet, begeht ein grobes Versehen, befindet sich in culpa lata: lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere quod omnes intelligunt[12]; ihr gleich steht die oben sub 1. gedachte misericordia, gratia, luxuria. Die c. lata wird dem dolus gleichbehandelt: magna culpa dolus est[13].

b. Aber auch wer diejenige Sorgfalt versäumt, die er selbst bisher in seinen eignen Angelegenheiten zu beobachten pflegte (diligentia quam suis rebus adhibere solet, diligentia quam suis schlechtweg, bei den Neueren dil. in concreto), begeht eine culpa lata, fast möchte man sogar sagen, einen dolus; denn nur niederträchtige Gesinnung veranlaßt die Anwendung einer geringeren Sorgfalt in fremden als in eigenen Angelegenheiten[14]. Jene Schuld wird (zum Unterschied von der sub a beschriebenen c. lata) von den Neueren culpa in concreto genannt.

c. Wer die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters versäumt (diligentia quam diligens paterfamilias in suis rebus praestare

---

[7] l. 46. § 7. D. de furt. 47, 2, s. l. 61. § 5. eod.; l. 1. § 47. D. dep. 16, 3. — [8] l. 7. pr. D. dep. 16, 3; l. 7. § 7. D. de d. m. 4, 3. — [9] l. 8. § 10. D. mand. 17, 1. — [10] l. 11. de inc. D. 47, 9. — [11] l. 1. § 2. D. de d. m. 4, 3; l. 7. § 9. D. de pact. 2, 14; l. 43. § 2. de contr. emt. 18, 1. — [12] l. 213. § 2. l. 223. pr. D. de v. s. 50, 16. — [13] l. 226. D. de v. s. 50, 16; l. 1. § 1. D. si mensor 11, 6; l. 1. § 5. D. de obl. et act. 44, 7; l. 32. D. dep. 16, 3; l. 1. § 2. D. si is qui test. 47, 4; l. 7. § 1. D. de susp. tut. 26, 10. — [14] l. 32. dep. 16, 3; l. 22. § 3. D. ad sct. treb. 36, 1.

solet, diligentia diligentis seu boni patrisf.[15], bei den Neueren diligentia in abstracto) begeht ein geringes Versehen, befindet sich in culpa levi, in culpa schlechtweg (bei den Neueren in culpa in abstracto).

Man hat früher noch eine culpa levissima angenommen; man verstand darunter die Versäumniß einer ganz außergewöhnlichen, über die Art eines ordentlichen Hausvaters hinausgehenden Sorgfalt. Mit Recht wird sie heut allgemein verworfen; vgl. dazu die Ausführungen in § 237.

Ob nun Jemand für dolus (also auch für c. lata und in concreto) oder für dolus und culpa (omnis culpa), einzustehen habe: das ist je nach den einzelnen Rechtsverhältnissen verschieden und wird bei deren Darstellung angegeben werden (§§ 152. 236. 240. 313. 382. 432. 444). — Noch mag hervorgehoben werden, daß man, je nachdem eine positive oder negative Handlung schuldvoller Weise begangen worden ist, von dolus und culpa in faciendo und in non faciendo spricht; die culpa in faciendo pflegt man Aquilische Culpa zu nennen; das hat darin seinen Grund, daß nach der lex Aquilia nur Derjenige haftet, welcher durch culpa in faciendo eine fremde Sache beschädigt hat[16] (§ 313).

B. Beweislast. Die Frage, ob der Kläger das Vorhandensein einer Schuld des Verklagten oder ob umgekehrt der Verklagte die Abwesenheit seiner Schuld (also das Vorhandensein eines Zufalls oder der Schuld eines Dritten) zu beweisen habe, ist nach der herrschenden Meinung in folgender Weise zu entscheiden. Wird die Klage auf eine bereits vor der unerlaubten Handlung bestehende Vertrags- oder gesetzliche Obligation gestützt, so liegt die Beweislast dem verklagten Schuldner ob[17], (denn er ist durch die Obligation verpflichtet und behauptet, daß diese Verpflichtung aufgehoben resp. modificirt sei); wird hingegen die Klage auf eine unerlaubte Handlung des Verklagten gestützt (so bei Delictsobligationen sowie bei dinglichen Klagen, mit denen ein Anspruch auf Grund einer Schuld des Verklagten verbunden ist, § 152 N. 2—4), so liegt der Beweis dem Kläger ob[18] (denn jeder Kläger muß den Grund seiner Klage darthun).

Dritter Titel.

Die Zeit als juristische Thatsache.

1) § 72. Allgemeine Grundsätze. Insbesondere die unvordenkliche Zeit.

Arndts, Beiträge Nr. 3. 1837. — Buchka, der unvordenkliche Besitz. 1841. — Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. 1843. — Savigny, §§ 177. 178. 195—201. — Vangerow, §§ 129. 130. — vgl. noch die Literatur zu §§ 86. 140.

Wie alles Geschehende, so erfolgen auch die juristischen Thatsachen in der Zeit. Allein in vielen Rechtsverhältnissen ist die Zeit selbst eine juristische Thatsache, und zwar ist ihr Einfluß auf die Rechtsverhältnisse

---

[15] l. 31. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 35. § 4. de contr. emt. 18, 1; l. 11. de per. et comm. 18, 16. — [16] l. 13. § 2. D. de usufr. 7, 1. — [17] l. 9. § 4. D. loc. 19, 2; l. 5. C. de pign. act. 4, 24; l. 1. § 13. D. de mag. conv. 27, 8. — [18] l. 18. § 1. D. de prob. 22, 3.

ein mannichfacher; gewöhnlich läßt er sich unter eine der folgenden Classen bringen:

1. Eine gewisse Dauer des menschlichen Lebens ist die Voraussetzung vieler Verhältnisse: der Handlungsfähigkeit, der Fähigkeit zur Ehe, zur Eidesleistung, zum Zeugniß, zur Adoption.

2. Ein gewisser Zeitaugenblick kann der Anfang oder der Endpunkt von Rechtsverhältnissen oder deren Ausübung sein; so wenn einem Rechtsgeschäft eine Zeitbestimmung hinzugefügt wird (§ 59).

3. Gewisse Befugnisse müssen in einem gewissen Zeitpunkt (Termin) oder binnen eines gewissen Zeitraums (Frist) geltend gemacht werden, widrigenfalls sie verloren gehen. So mußte die bonorum possessio bald binnen hundert Tagen bald binnen einem Jahr erbeten werden, die querela non numeratae pecuniae binnen zwei Jahren, die Excusation eines zur Vormundschaft Berufenen muß binnen fünfzig Tagen angebracht werden u. s. w. Ferner gehören hierher die Proceßfristen (zur Klagebeantwortung, Replik u. s. w.). — Endlich müssen gewisse Pflichten binnen gewisser Zeit erfüllt werden, widrigenfalls sie einen Verlust nach sich ziehen; so kann die Emphyteuse, das Mieth- und Pachtrecht entzogen werden, wenn der Zins binnen bestimmter Frist nicht entrichtet wird; der Miteigenthümer eines Hauses verliert sein Recht, wenn er den Beitrag zu den Baukosten vier Monat lang nicht entrichtet u. dgl. m.

4. Die Zeit ist oft Entstehungs- oder Endigungsgrund von Rechten. Unter gewissen Voraussetzungen nämlich können factische Zustände dadurch, daß sie eine gewisse Zeit lang gedauert haben, rechtliche Consistenz erlangen, und umgekehrt können Rechte dadurch, daß sie eine gewisse Zeit lang nicht ausgeübt werden, völlig oder in ihrem intensivsten Theile (im Klagerecht) verloren werden. Es ist hervorzuheben, daß das Gesagte nach Römischem Recht nur von einigen bestimmten factischen Zuständen und nur von einigen bestimmten Rechten gilt; es gehören nämlich hieher die Ersitzung (in ihren Gestaltungen als usucapio, longi temporis praescriptio, longissimi temporis praescriptio, diuturnus usus), der Untergang der Servituten durch nonusus und usucapio libertatis, die Verjährung des Pfandrechts und die Klagverjährung. Der Grund davon, daß die Zeit bloß bei einigen Verhältnissen die rechtserzeugende resp. vernichtende Wirkung äußert, liegt darin, daß diese Macht der Zeit nicht von vornherein innewohnt, daß sie ihr vielmehr erst vom Gesetzgeber aus besonderen Nützlichkeitsgründen durch positive Vorschrift beigelegt wird; nur wo solche Nützlichkeitsgründe vorhanden sind (§§ 86. 140), kann jene Wirkung festgesetzt werden. — Es ist ferner hervorzuheben, daß die Fälle, von denen hier die Rede ist, von den sub 3 erwähnten wohlverschieden sind; in den gegenwärtigen Fällen ist die Ausübung resp. Nichtausübung eines Rechts während einer gewissen Zeit der Entstehungs- resp. Endigungsgrund von Rechten; in den Fällen sub 3 ist die Wirksamkeit einer Handlung von Anfang an an einen Zeitpunkt oder Zeitraum gebunden. Allein die Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts suchten alle diese Fälle zu Einem Begriff zu vereinigen: zu dem Begriff der Verjährung, praescriptio (letztere Bezeichnung ist eine offenbare Verstümmelung der römischen longi temporis praescriptio), welche sie als „eine Aenderung von

Rechten wegen unterlassener Ausübung während einer gewissen Zeit" definirten, und welche sie in eine praescriptio acquisitiva (positive, erwerbende Verjährung: Erwerb eines Rechts mittels der eine gewisse Zeit fortgesetzten Ausübung des Rechts) und in eine praescriptio exstinctiva (privative, erlöschende Verjährung: Verlust eines Rechts wegen der eine gewisse Zeit fortdauernden Nichtausübung des Rechts) theilten. Diese Theorie leidet an zwei enormen Fehlern. Einmal daran, daß danach alle Rechte durch fortgesetzte Ausübung erworben, durch fortdauernde Nichtausübung verloren werden, wie denn in der That von Vielen die Ersitzung eines Pfandrechts, einer Darlehnsforderung (durch dreißigjährigen Empfang von Zinsen) behauptet worden ist. Sodann daran, daß die Vorschriften des Römischen Rechts über die Ersitzung und die Verjährung auf alle Fälle sub 3 ausgedehnt werden, was (man denke z. B. an die Unterbrechung der Verjährung) geradezu sinnlos ist. Die Theorie des 17. und 18. Jahrhunderts ist denn auch heut allgemein aufgegeben; allein sie ist in viele Particularrechte übergegangen, und auch im Gemeinen Recht hat sie ihre Spur in einem Institut zurückgelassen: in der unvordenklichen Zeit. Darüber ist Folgendes zu bemerken:

In einigen Fällen wird nach Römischem Recht ein Zustand bloß deshalb gegen Eingriffe und Anfechtungen aufrechterhalten, weil er über Menschengedenken hinaus besteht (quod memoriam excedit, cuius memoria non exstat); sein Alter (vetustas) ist der alleinige Grund hievon; weitere Requisite (wie bei der Ersitzung, der Klagverjährung) werden nicht erfordert. Die Fälle sind folgende: Gemeindewege (viae vicinales), welche in unvordenklicher Zeit auf Privatboden angelegt worden sind, gehören zu den öffentlichen Straßen[1], und sind demnach der Willkür des Grundeigenthümers entzogen; Wasserleitungen, welche auf einem Grundstück seit unvordenklicher Zeit bestehen, gelten als zu Recht bestehend[2]; Anstalten zum Zweck der Verstärkung oder Verminderung des von einem Grundstück ablaufenden Regenwassers (Dämme, Wälle, Gräben) gelten, wenn sie seit unvordenklicher Zeit bestehen, als rechtmäßig angelegt[3] (vgl. § 126 unter I. 6). Neue Anwendungsfälle der unvordenklichen Zeit finden sich im Canonischen Recht und in den Reichsgesetzen; nach jenem gelten Abgaben, deren Erhebung seit unvordenklicher Zeit geschieht, als rechtmäßig[4], und ein Zehntrecht kann ein Bischof in fremder Diöcese durch Erhebung des Zehnten während unvordenklicher Zeit erwerben[5]; nach diesen ist die Exemtion von gewissen Gerichten[6] sowie die Freiheit von gewissen Steuern[7] durch einen seit unvordenklicher Zeit bestehenden Zustand gesichert. Durch die Praxis endlich ward die unvordenkliche Zeit (sog. praescriptio immemorialis, praescr. indefinita, unvordenklicher Besitz) auf alle Rechte, bei denen eine dauernde Ausübung resp. Nichtausübung möglich ist, angewendet; sie ist deshalb ein Supplement der Ersitzung und Verjährung (praescr. definita) geworden, wo diese (sei es wegen der Natur

[1] l. 3. pr. D. de loc. et it. publ. 43, 7. — [2] l. 26. D. de aq. pluv. 39, 3; l. 3. § 4. D. de aq. quot. 43, 20; cf. l. 7. C. de serv. 3, 34. — [3] l. 1. § 23. l. 2. pr. §§ 1. 3. 5. 7. 8. D. de aq. pluv. 39, 3. — [4] c. 21. c. 26. X. de v. s. 5, 40. — [5] c. 1. in VI. de praescr. 2, 13. — [6] Aurea bulla c. 8. § 1. — [7] RA. v. 1548. §§ 56. 59. 64; RA. v. 1576. § 105.

des Rechts oder des Gegenstandes, sei es wegen Mangels eines Requisites) unzulässig ist; mit Unrecht wollen einige neuere Schriftsteller sie auf Rechte von publicistischem Charakter einschränken. — Unvordenklich ist ein Zustand dann, wenn die lebenden Menschen nur diesen wahrgenommen, und zugleich von ihren Vorfahren von keinem anderen Zustande gehört haben [8]. — Zum Beweise der Unvordenklichkeit dienen unbestritten Zeugen; ob auch Urkunden und Eid, ist bestritten: es liegt kein Grund zur Verneinung vor. Als Zeugen sind nur solche Personen zuzulassen, deren eigne Wahrnehmung wenigstens die letzten vierzig Jahre begreift [9]; daraus folgt aber nicht, daß der Zeuge (wie Einige meinen) wenigstens 54 Jahr alt sein muß. Gegen den Beweis des unvordenklichen Zustandes ist der Gegenbeweis zulässig, daß der Zustand in den letzten zwei Menschenaltern (achtzig Jahren) nicht ununterbrochen bestanden hat; sowie ferner, daß der Zustand zu einer bestimmten über achtzig Jahre hinausliegenden Zeit in unrechtmäßiger Weise entstanden, und auf Grund dieses unrechtmäßigen Entstehens bis zu den gegenwärtigen Eingriffen und Anfechtungen fortbestanden hat. — Uebrigens bezeichnen viele Juristen die unvordenkliche Zeit als eine wahre Erwerbs- resp. Befreiungsart (wie die Ersitzung und den Untergang durch Nichtgebrauch), Andere bloß als die Vermuthung, daß der fragliche Zustand in unvordenklicher Zeit einmal rechtmäßig begründet worden sei. Dieser Streit ist ohne praktische Folgen.

Für alle unter 1—4 obengenannten Verhältnisse ist die Art und Weise, wie die Zeit bestimmt wird, von Wichtigkeit; hievon handeln die §§ 73. 74.

2) Die Bestimmung der Zeit.

a. § 73. Die Zeiteintheilung.

Savigny, §§ 179. 180. 192—194. — Vangerow, §§ 194. 197.

Die Zeit wird in Abschnitte getheilt; die wichtigsten darunter sind: der Tag, der Monat, das Jahr; dieselben sind entweder feststehend oder von wandelbarem Anfangs- und Endpunkte.

1. Eine feststehende Eintheilung der Zeit (unbewegliche Zeit, Kalenderzeit) giebt der Kalender; danach dauert der Tag (Kalendertag, dies civilis) von Mitternacht zu Mitternacht [1], der Monat (Kalendermonat, mensis civilis) vom ersten bis zum letzten Tage des bestimmten Monats, das Jahr (Kalenderjahr, annus civilis) vom ersten Januar bis zum letzten December. Der Kalendertag zerfällt in 24 Stunden, doch theilten ihn die Römer auch in die helle Zeit (dies im engeren Sinne, lux) und in die nicht helle (nox), und jede derselben in zwölf Stunden (horae diei s. lucis, horae noctis), welche je nach der Jahreszeit eine verschiedene Länge hatten [2]. Das Kalenderjahr zählt 365 Tage, doch wird dem dies sextus ante Calendas Martias (Regifugium, jetzt Mathiastag, im ge-

---

[8] l. 2. § 8. D. de aq. pluv. 39, 3; l. 28. D. de prob. 22, 3. — [9] c. 1. in VI. de praescr. 2, 13.

[1] l. 8. D. de fer. 2, 12. — [2] cf. l. 7. D. de usurp. 41, 3; l. 2. § 1. l. 124. D. de v. s. 50, 16.

wöhnlichen Jahr der 24. Februar) seit Julius Cäsar in jedem vierten Jahre ein Tag zugefügt (dies intercalaris[3], Schalttag); seit der Verbesserung des Kalenders durch Papst Gregor XIII. unterbleibt die Hinzufügung in vierhundert Jahren drei Mal; dieser Schalttag heißt in den Quellen sowohl für sich allein als mit dem folgenden Tag zusammen bissextum; es ist nach der heutigen Zeitrechnung nicht der 29. sondern der 24. Februar, weshalb der Mathiastag, welcher im gewöhnlichen Jahr auf den 24. Februar fällt, im Schaltjahr auf den 25. Februar rückt. In der Regel gilt der Schalttag als ein bloßer Augenblick und zwar als ein zum 25. Februar (nach heutiger Zeitrechnung) gehöriger: id biduum pro uno die habetur[4]; (daher haben die im Schaltjahr am 24. wie am 25. Februar Geborenen im gewöhnlichen Jahr ihren Geburtstag am 24. Februar, und umgekehrt läuft die im gewöhnlichen Jahr am 24. Februar begonnene Verjährung im Schaltjahr erst am 25. Februar ab). Wird aber durch Rechtsgeschäfte eine Reihe von Tagen als Frist festgesetzt, so gilt es als die wahrscheinlichere Meinung der handelnden Personen, daß der Schalttag besonders gezählt werde (so wenn ein Kaufvertrag unter der Bedingung abgeschlossen wird, daß das Kaufgeld binnen dreißig Tagen bezahlt werde[5]). — Die Woche liegt außer dem Kalender: sie ist keine integrirende Eintheilung des Monats oder Jahres sondern zieht sich durch die Reihe der Monate und Jahre mitten hindurch.

2. Bei weitem häufiger sind die Zeitabschnitte von wandelbarem Anfangs- und Endpunkt (bewegliche Zeit); sie hängen von einer bestimmten juristischen Thatsache ab; so hängen die Lebensstufen von der Geburt, die Ersitzung von der Besitzergreifung ab u. s. w.; daher steht dem Kalenderjahr, — monat, — tag ein Zeitjahr, — monat, — tag gegenüber (auch bewegliches, natürliches Jahr, Monat, Tag genannt). Auch eine Zeitwoche giebt es. Das Zeitjahr hat 365 resp. 366 Tage[6], die Zeitwoche 7 Tage, der Zeittag 24 Stunden; über den Umfang der Zeitmonate ergeben die Quellen kein klares Resultat. Während nämlich in den meisten Stellen[7] der Monat zu dreißig Tagen angegeben wird, wird in einer Stelle[8] die Präsumtion, daß das am 182. Tage nach Eingehung der Ehe geborene Kind als ehelich gelte (§ 23), so ausgedrückt, daß das im siebenten Monat nach Eingehung der Ehe geborene Kind als ehelich gelte, so daß hiernach sechs Monate 181 Tage enthalten; in einer anderen Stelle werden 93 Tage als drei Monate bezeichnet[9], in einer dritten Stelle[10] endlich wird geradezu der Umfang von zwei Monaten auf 61 Tage angegeben. Es ist noch nicht gelungen, diese Antinomien zu lösen.

---

[3] l. 3. § 3. D. de min. 4, 4; l. 98. D. de v. s. 50, 16. — [4] l. 98. pr. D. de v. s. 50, 16; l. 3. § 3. D. de min. 4, 4. — [5] l. 2. D. de div. temp. pr. 44, 3. — [6] l. 51. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 4. § 5. D. de statul. 40, 7; l. 134. pr. D. de v. s. 50, 16; l. 2. D. de div. temp. pr. 44, 3. — [7] l. 40. D. de r. c. 12, 1; l. 11. § 6. l. 29. § 5. D. ad l. Jul. de ad. 48, 5; l. 1. § 10. D. ad sct. turp. 48, 16; l. 28. l. 31. § 22. D. de aed. ed. 21, 1; l. 22. §§ 1. 2. C. de j. delib. 6, 30; Nov. 115. c. 2. — [8] l. 12. D. de stat. hom 1, 5; cf. l. 3. § 12. D. de suis. 38, 16. — [9] l. 2. l. 5. pr. C. de temp. et. rep. app. 7, 63. — [10] l. 101. D. de r. j. 50, 17.

b. § 74. Berechnung eines Zeitraums.

(Computatio naturalis—civilis. Tempus continuum—utile.)

Hölder, die Theorie der Zeitberechnung. 1873. — Savigny, §§ 181 bis 191. — Vangerow, §§ 195. 196.

Ist die Zeit nach dem Kalender bestimmt (z. B. es soll Jemandem eine jährliche Rente am 1. Januar jedes Jahres, eine monatliche Rente am ersten Tage jedes Monats ausgezahlt werden, es verspricht ein Schuldner am 1. October 1871 seine Schuld abzutragen [1]), so bedarf es keiner weiteren Berechnung. Wohl aber muß eine Berechnung bei den wandelbaren Zeitabschnitten (Zeiträumen) angestellt werden; dieselbe geschieht nach folgenden Grundsätzen:

1. Bezüglich des Anfangs- und Endpunktes eines Zeitraums. Ist der Zeitraum nach Stunden oder kleineren Zeittheilen bestimmt, so wird er von dem Augenblick ab berechnet, in welchen die bestimmte juristische Thatsache fällt (ad momenta, a momento in momentum tempus computare, Naturalcomputation); bei Zeiträumen, welche nach größeren Zeitabschnitten (Tagen, Monaten, Jahren) bestimmt sind, tritt die Naturalcomputation nur ganz ausnahmsweise ein, nämlich bei Berechnung der Großjährigkeit eines Menschen [2] (bis zu deren Eintritt die restitutio in integrum propter minorem aetatem begründet ist) und nach der Praxis bei Berechnung der von Justinian [3] vorgeschriebenen zehntägigen Appellationsfrist (doch ist dieser letztere Fall durch die Vorschriften der Reichscivilproceßordnung §§ 477. 199 beseitigt). Der Grund der Seltenheit ihrer Anwendung liegt in der Schwierigkeit der Rechnung. Deshalb zählt man in den übrigen Fällen nicht von Augenblick zu Augenblick, sondern von Tag zu Tag, nach Kalendertagen (ad dies numerare, civiliter tempus computare, Civilcomputation). Die Grundsätze der Civilcomputation waren in früherer Zeit vielfach streitig, heute ist man fast allgemein über folgende Regeln einig: als erster Tag gilt derjenige, während dessen Verlaufs die bestimmte juristische Thatsache eingetreten ist, und es wird nicht berücksichtigt, daß die Thatsache bloß einen Theil des Tages ausgefüllt hat; nur bei processualischen Fristen gilt nach der Praxis, welche in der Reichscivilproceßordnung § 199 bestätigt worden ist, erst derjenige Tag, welcher der juristischen Thatsache folgt, als erster. Der letzte Tag (dies novissimus, postremus, extremus) ergiebt sich hiernach durch Zählung; doch ist bezüglich desselben noch zwischen Zeiträumen, von denen der Erwerb resp. der Verlust eines Rechts abhängt, zu unterscheiden; im Fall des Erwerbs genügt der Beginn des letzten Tages (in solchen Fällen gilt das Sprichwort der Neueren: dies ultimus coeptus pro completo habetur), im Fall des Verlusts muß der Ablauf des Tages abgewartet werden. Hiernach erlangt derjenige, welcher am 1. Januar (sei es auch spät am Abend) geboren ist, die Fähigkeit zu testiren (resp. Sklaven nach der l. Aelia Sentia freizulassen), sofort nach Beginn des 31. Dec., in welchem er das vierzehnte (resp. zwanzigste) Lebensjahr vollendet [4];

---

[1] l. 50. D. de o. et a. 44, 7; l. 42. l. 118. § 1. D. de v. o. 45, 1. — [2] l. 3. § 3. D. de min. 4, 4. — [3] Nov. 23. c. 1. — [4] l. 5. pr. D. qui test. fac. 28, 1; l. 1. D. de manum. 40, 1.

hiernach gilt ferner ein Kind als einjährig (bekanntlich verschaffte ein solches seinen Eltern während der Kaiserzeit vielfache Rechte), wenn es den Anfang des 365. Tages überlebt hat[5] u. dgl. m.[6]. Auf der anderen Seite ist die Klage erst dann verjährt, das Recht zur bonorum possessio erst dann verloren, wenn der letzte Tag des Zeitraumes völlig abgelaufen ist, ohne daß von dem Recht Gebrauch gemacht wurde[7]. Besondere Schwierigkeit bieten obige Regeln bei Berechnung der Ersitzungszeit, weil in der Ersitzung sowohl der Erwerb wie der Verlust eines Rechts enthalten ist; in der That wird in mehreren Quellenzeugnissen[8] diejenige Regel angewendet, welche bei dem Verlust eines Rechts, in einem Quellenzeugniß[9] aber diejenige Regel, welche bei dem Erwerbe eines Rechts gilt; die herrschende Meinung erblickt in der Ersitzung bloß den Erwerb eines Rechts und will deshalb die Ersitzung schon mit dem Beginn des letzten Tages vollendet wissen; richtiger ist es, erst mit dem Ablauf des letzten Tages ihre Vollendung anzunehmen, da der Erwerb Seitens des Ersitzenden den Verlust Seitens des bisherigen Eigenthümers voraussetzt; das oben bei N. 9 erwähnte entgegenstehende Quellenzeugniß ist wahrscheinlich interpolirt. (In seiner ursprünglichen Fassung handelte es, wie die Inscription: libro 5. interdictorum beweist, überhaupt nicht von der Ersitzung.)

2. Bezüglich des Laufes eines Zeitraums. Hat ein Zeitraum zu laufen begonnen, so werden in der Regel alle Zeittheile gezählt, der Zeitraum besteht demnach aus zusammenhängenden Zeittheilen, er ist ein tempus continuum (dies continui[10]). Zuweilen tritt eine abweichende Zählung ein; wenn nämlich behufs Geltendmachung oder Erhaltung eines Rechts eine Handlung vor Gericht zufolge Rechtsvorschrift binnen einer bestimmten (höchstens einjährigen) Frist vorgenommen werden muß, so werden diejenigen Tage nicht gerechnet, an welchen die Handlung aus äußeren vorübergehenden Gründen nicht vorgenommen werden kann[11], sei es, daß derjenige, welchem die Handlung obliegt, gefangen, in Staatsgeschäften abwesend, schwer krank, in entschuldbarem Irrthum begriffen ist[12], oder daß eine andere Person, deren Anwesenheit erforderlich ist, nicht herbeigeschafft werden kann[13], oder daß das Gericht an einzelnen Tagen unzugänglich ist[14]. Die Zeit heißt alsdann tempus utile, dies utiles. Die heute noch praktischen Fälle dieser Berechnungsweise beschränken sich auf die einjährigen und kürzeren Fristen für die Klaganstellung (§ 87); die übrigen Fälle des Römischen Rechts (namentlich die kurzen Fristen der bonorum possessio und der in integrum resti-

---

[5] l. 132. l. 134. D. d. v. s. 50, 16. — [6] l. 49. D. de cond. 35, 1. — [7] l. 6. D. de o. et a. 44, 7; l. 1. § 9. D. de succ. ed. 38, 9; l. 1. §§ 5. 6. D. quando app. 49, 4; vgl. ferner l. 30. § 1. D. ad l. Jul. de ad. 48, 5; l. 101. D. de r. j. 50, 17. — [8] l. 6. l. 7. D. de usurp. 41, 3, Gellius n. a. III. 2. — [9] l. 15. pr. D. de div. temp. pr. 44, 3. — [10] l. 31. § 1. D. de usurp. 41, 3; l. 8. C. de dolo 2, 21; l. 7. C. de temp. in i. r. 2, 53. — [11] l. 2. D. si quis ordo 38, 15; l. 1. D. de div. temp. pr. 43, 3. — [12] l. 1. D. de div. temp. pr. 44, 3; l. 2. D. si quis ordo 38, 15; l. 15. §§ 4. 5. D. quod vi 43, 24; l. 6. D. de cal. 3, 6; l. 55. D. de aed. ed. 21, 1; l. 8. C. de dolo 2, 21. — [13] l. 1. D. de div. t. pr. 44, 3; l. 1. §§ 7—10. D. quando app. 49, 4. — [14] l. 2. §§ 1. 2. D. si quis ordo 38, 15; l. 1. D. de div. t. pr. 44, 3.

tutio, §§ 421. 110 [15]) gelten nicht mehr. Aber selbst in dem heute noch praktischen Falle der Klagverjährung wird die Berechnungsweise nur selten angewendet, weil die Gerichte heute zu aller Zeit zugänglich sind, während bei den Römern nur bestimmte Gerichtstage (zu Justinians Zeit etwa 240) existirten.

Viertes Capitel.

§ 75. Ausübung der Rechte.

Vangerow, § 131.

Jedes Recht gewährt dem Berechtigten eine Herrschaft; diese Herrschaft gebrauchen heißt das Recht ausüben. Die Ausübung des Rechts steht im Belieben des Berechtigten [1], allein die lange Nichtausübung zieht bei vielen Rechten unter gewissen Umständen den gänzlichen Verlust des Rechts oder doch des Anspruchs auf gerichtlichen Schutz nach sich; man sagt alsdann: das Recht, die Klage ist verjährt (§ 72). — Die Ausübung des Rechts braucht in den meisten Fällen nicht vom Berechtigten in Person vorgenommen zu werden, vielmehr kann er sich meist eines Stellvertreters bedienen; zu weit gefaßt ist die Regel des Canonischen Rechts: potest quis per alium quod potest facere per se ipsum [2]. — Die Ausübung des Rechts kann erfolgen, mag ein Anderer dabei unbeschädigt bleiben oder verletzt werden [3]; daher das Sprichwort der Neueren: qui iure suo utitur, neminem laedit; allein die Ausübung des Rechts darf nicht lediglich zur Chicane geschehen, d. h. ohne alles Interesse des Berechtigten (§ 16) und bloß zu dem Zweck, daß ein Anderer dadurch Schaden erleidet; zwar wird dies in den Quellen nicht im Princip ausgesprochen, aber in mehreren Anwendungen [4], welche (was freilich Manche bestreiten) auf ein solches Princip hinweisen; so darf der Grundeigenthümer auf seinem Grundstück keinen Brunnen graben, bloß um dem Nachbar dadurch zu schaden; der Besitzer einer fremden Sache, welcher diese verbessert hat, darf die Verbesserungen nicht wegnehmen, falls er davon keinen Vortheil hat u. dgl. m.; endlich heißt es bei Gaius 1, 53: male nostro iure uti non debemus. — Es ist möglich, daß ein Berechtigter durch Ausübung seines Rechts einem anderen Gleichberechtigten die Ausübung des seinigen ganz oder theilweis unmöglich macht (Collision der Rechte); das kann ihm in der Regel nicht verwehrt werden, denn unter Gleichberechtigten entscheidet die Prävention: „wer zuerst kommt, mahlt zuerst"; daher kann von mehreren Correalgläubigern Einer die Forderung einziehen [5], von mehreren gleichzeitigen Pfandgläubigern Einer

---

[15] § 10. I. de b. p. 3, 9; l. 11. §§ 5. 6. l. 29. § 5. D. ad. l. Jul. de ad. 48, 5; l. 1. § 7. D. quando app. 49, 4; l. 7. C. de temp. in i. r. 2, 53; l. 1. pr. C. de ann. exc. 7, 40.

[1] l. 156. pr. § 4. D. de r. j. 50, 17. — [2] c. 68. in VI. de r. j. 5, 12. — [3] l. 55. l. 151. l. 155. § 1. D. de r. j. 50, 17; l. 26. D. de damn. inf. 39, 2; l. 1. § 21. l. 21. D. de aq. pl. 39, 3; l. 9. D. de s. p. u. 8, 2. — [4] l. 38. D. de r. v. 6, 1; l. 1. § 12. l. 2. §§ 5. 9. D. de aq. pl. 39, 3; cf. l. 3. pr. D. de op. publ. 50, 10. — [5] l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 2. D. de d. r. 45, 2.

das Pfand veräußern [6], von mehreren Personalgläubigern Einer seine Forderung vom Schuldner beitreiben, trotzdem letzterer dadurch zahlungsunfähig bezüglich der übrigen Schulden wird [7]. Ist keiner dem Anderen zuvorgekommen, so beschränken sie sich gegenseitig, außer wenn der eine ein Privilegium vor dem anderen genießt (so namentlich mehrere Pfandgläubiger, ferner die Gläubiger eines in Concurs gerathenen Schuldners, §§ 205. 234); in einigen wenigen Fällen entscheidet das Loos [8], z. B. bei der Bestimmung darüber, bei welchem der Miterben, die zu gleichen Theilen geerbt haben, erbschaftliche Urkunden aufzubewahren sind.

Fünftes Capitel.

Der Schutz der Rechte.

Vorbemerkung.

Jedes Recht als eine auf ein Naturwesen bezogene Herrschaft ist der Verletzung fähig. Um es gegen die Verletzung zu schützen, d. h. theils um der noch nicht geschehenen Verletzung vorzubeugen, theils um die geschehene Verletzung rückgängig zu machen und auf ein möglichst geringes Maß zu beschränken: dazu dienen Sicherungsmaßregeln (§ 76), Selbstvertheidigung und Selbsthilfe (§ 77), Klage, Einrede (§ 78 — § 101), Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 102 — § 111).

Erster Titel.

§ 76. Sicherungsmaßregeln.

t. D. XLVI, 5: de stipulationibus praetoriis. — tt. D. XLVI, 6—8. — t. D. II, 8: qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur. — t. C. II, 57: de satisdando. — t. I, IV, 11: de satisdationibus. — Schirmer, die Prätor. Judicialstipulationen. 1853. — Muther, Sequestration und Arrest. 1856. — Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung. 1868. — Vangerow, §§ 189—193.

Nur diejenigen Sicherungsmaßregeln können hier behandelt werden, welche *juristischer* Natur sind (Cautionen im weiteren Sinn); es gehören hierher:

1. *Cautionen im engeren Sinn. Caution im engeren Sinn ist eine Sicherheit, welche Einer dem Anderen in Bezug auf die Erfüllung einer schon vorhandenen oder einer später möglichen Verpflichtung leistet.* Man unterscheidet

a. nach dem *Grunde*, aus welchem der Anspruch auf Sicherheitsleistung entspringt, die cautio necessaria und voluntaria s. conventionalis; erstere kann zufolge Rechtsvorschrift gefordert werden (z. B. c. usufructuaria, damni infecti, legatorum servandorum), letztere zufolge Privatdisposition [1].

---

[6] l. 10. D. de pign. 20, 1. — [7] l. 6. § 7. l. 24. D. quae in fr. cred. 42, 8. — [8] l. 5. D. fam. erc. 10, 2; l. 14. D. de jud. 5, 1; l. 24. §§ 17. 18. D. de fid. lib. 40, 5; cf. § 23. I. de leg. 2, 20.

[1] l. 7. § 1. D. qui sat. 2, 8.

b. nach den Mitteln, durch welche die Sicherheit geleistet wird, unterscheidet man Verbal-, juratorische und Realcaution. Die Verbalcaution [2] (repromissio, nuda promissio, sog. cautio promissoria) mußte bei den Römern in Form der Stipulation erfolgen, bei uns genügt das formlose Versprechen; die Verbalcaution ist nur dann von Nutzen, wenn erst durch das Versprechen die Verbindlichkeit klagbar wird (z. B. die c. damni infecti, § 315). Die juratorische Caution [3] erfolgt durch Eidesleistung (iuram. promissorium); auch von ihr gilt das von der Verbalcaution Gesagte, doch pflegt der Eid das Gewissen des Schwörenden zu binden. Die Realcaution geschieht entweder durch Bürgenstellung (satisdatio, sog. c. fideiussoria [4]) oder durch Pfandbestellung (sog. c. pigneraticia [5]); sie kann heutzutage auch in Gelde oder in Werthpapieren geschehen (vgl. die Reichscivilproceßordnung § 101), welchen Fall man als pignus irregulare bezeichnet; sie sichert gegen die Insolvenz des Verpflichteten. Die meisten gesetzlichen Cautionen sind Satisdationen [6]; Fiscus und Stadtgemeinden indeß brauchen statt der Satisdatio nur Verbalcaution zu leisten [7]. Bei Proceßcautionen brauchen nach R. R. diejenigen Personen, welche Grundstücke in Eigenthum oder Emphyteuse haben, nur juratorische Caution zu leisten [8], und wer Realcaution nicht aufzubringen vermag, soll juratorische Caution leisten [9], doch sind diese Bestimmungen in die Reichscivilproceßordnung nicht übergegangen.

2. Sequestration d. h. die Hinterlegung einer Sache bei einem Dritten (sequester); am häufigsten geschieht sie mit Rücksicht auf einen Rechtsstreit. Sie kann sowohl durch eine Uebereinkunft der Streitenden selbst herbeigeführt (sog. sequestratio voluntaria, § 278) als durch richterliche Verfügung angeordnet werden (sog. sequestratio necessaria). Die sequ. necess. findet z. B. statt, wenn die Dos einer wahnsinnigen Frau vom Ehemann verschwendet wird [10], wenn bei Gelegenheit eines int. de liberis ducendis (§ 353) es mißlich erscheint, das Kind während des Processes in der bisherigen Aufsicht zu belassen [11], wenn gegen die in eine bewegliche Sache vollstreckte Execution Appellation eingelegt ist [12], und dgl. mehr [13]. Zuweilen nimmt der Richter die sequestrirte Sache in seine eigne Obsicht (sog. sequestratio iudicialis). — Im heutigen Recht ist zur Sequestration die Arrestanlegung hinzugekommen, d. h. die richterliche Anordnung, wodurch Jemand in der Verfügung über seinen Aufenthalt (Personalarrest) oder über seine Sache (Realarrest) zeitweis eingeschränkt wird; die ausführliche Darstellung derselben gehört in den Proceß (vgl. jedoch § 127 Text zwischen N. 11. 12).

3. Besitzeinweisung, missio in possessionem [14] d. h. die

---

[2] l. 1. §§ 4—8. D. de st. praet. 46, 5; l. 2. § 3. D. quod. leg. 43, 3. — [3] § 2. I. h. t. 4, 11. — [4] l. 7. D. de st. praet. 46, 5; l. 1. D. qui sat. 2, 8. — [5] l. 4. § 8. D. de fid. lib. 40, 5; l. 1. § 9. D. de coll. 37, 6. — [6] l. 1. § 5. l. 7. D. de stip. praet. 46, 5. — [7] l. 1. § 18. l. 6. § 1. D. ut leg. serv. 36, 3; l. 3. § 5. D. si cui plus 35, 3. — [8] l. 15. D. qui sat. 2, 8; l. 26. § 6. C. de ep. aud. 1, 4; l. 4. § 1. C. de sport. 3, 2. — [9] Nov. 112. c. 2; cf. l. 7. § 2. D. qui sat. 2, 8. — [10] l. 22. § 8. D. sol. matr. 24, 3. — [11] l. 3. § 6. D. de lib. exh. 43, 30. — [12] l. 5. C. quor. app. 7, 65. — [13] l. 21. i. f. D. de app. 49, 1; l. 7. § 2. D. qui sat. 2, 8. — [14] t. D. 42, 4: quibus ex causis in possessionem eatur.

richterliche Verfügung, wodurch Jemandem die Detention einer Sache oder eines Vermögens eines Anderen zu ergreifen erlaubt wird; diese Erlaubniß erhielten nach Röm. Recht z. B. die Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners (rei servandae causa, denn die Concurseröffnung begann bei den Römern mit einer missio in poss. vgl. § 232); ferner erhält sie Derjenige, welchem ein Vermächtniß bedingt oder betagt hinterlassen ist und welchem der Belastete nicht Caution wegen Erfüllung leisten will (legatorum nomine, § 444 Note 11), Derjenige, welchem der Nachbar die cautio damni infecti nicht leisten will (damni infecti nomine, § 315), die Mutter eines Nasciturus, dem eine Erbschaft gebührt (hereditatis tuendae causa, § 423 Note 13 ff.). Der Eingewiesene erlangt durch Vollziehung der richterlichen Verfügung Detention[15] und pignus praetorium[16] (§ 189). Wer den in Besitz Eingewiesenen doloser Weise an der Ergreifung der Sache verhindert oder die bereits ergriffene Sache ihm wieder entzieht, haftet auf das Interesse[17]; doch kann der Eingewiesene auch die Besitzergreifung mittels Zwangs gegen ihn durchsetzen[18].

4. Die Inventarisirung d. h. die Errichtung eines schriftlichen Verzeichnisses der einzelnen Vermögensgegenstände (inventarium, repertorium) ist oft solchen Personen zur Pflicht gemacht, welche zur Restitution oder zur Verwaltung eines Vermögens oder einer Mehrheit einzelner Sachen verpflichtet sind. So den Vormündern[19], den Vorständen der milden Stiftungen schlechthin[20], Anderen (z. B. dem Erben[21], dem Usufructuar[22]) bei Vermeidung von Rechtsnachtheilen (vgl. § 420 unter 4. b. § 446 N. 2).

5. Das Retentionsrecht (Zurückbehaltungsrecht) ist das Recht des Detentor einer Sache (welcher zugleich juristischer Besitzer oder Eigenthümer sein kann), diese Sache Demjenigen, welcher einen Anspruch auf ihre Herausgabe hat, so lange vorzuenthalten, bis dieser einen mit seinem Anspruch connexen Gegenanspruch befriedigt hat; so kann der Commodatar, Pfandgläubiger, der redliche Besitzer retiniren, bis ihnen gewisse Auslagen auf die Sache ersetzt sind[23]. Der Pfandgläubiger einer Sache kann nach getilgter Pfandforderung sogar wegen nicht connexer Ansprüche unter gewissen Umständen retiniren[24], vgl. das Genauere in § 200. Geltend gemacht im Proceß wird das Retentionsrecht durch exceptio doli (sog. exc. doli generalis, § 92).

6. Die Conventionalstrafe (s. § 218).

---

[15] l. 10. § 1. D. de a. r. p. 41, 2. — [16] l. 26. D. de pign. a. 13, 7; l. 35. D. de reb. auct. jud. 42, 5; l. 2. C. de praet. pign. 8, 22. — [17] t. D. 43, 4: ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit. — [18] l. 3. pr. § 2. l. 4. pr. D. h. t. 43, 4; l. 5. § 27. D. ut in poss. leg. 36, 4. — [19] l. 7. pr. D. de adm. 26, 7; l. 24. C. eod. 5, 37. — [20] l. 32. C. de ep. 1, 3; Nov. 131. c. 15. — [21] l. 22. C. de jure del. 6, 30; § 6. I. de her. qual. 2, 19. — [22] l. 1. § 4. D. usufr. qu. c. 7, 9. — [23] l. 15. § 2. D. de furt. 47, 2; l. 48. D. de r. v. 6, 1; l. 1. pr. D. qu. m. pign. 20, 6. — [24] l. un. C. etiam ob. chir. pec. 8, 27.

Zweiter Titel.

§ 77. Selbstvertheidigung und Selbsthilfe.

J. Schmitt, die Selbsthilfe im Römischen Privatrecht. 1868. — Vangerow, §§ 132. 133.

I. Die Selbstvertheidigung (Nothwehr, inculpata tutela, inculpatae tutelae moderatio) ist die Abwehr eines versuchten rechtswidrigen Angriffs; sie ist gestattet, selbst wenn dabei Gewalt angewendet wird[1]: vim vi repellere licet. Die näheren Regeln hierüber gehören ins Criminalrecht.

II. Selbsthilfe ist die thatsächliche Verwirklichung eines wirklichen oder vermeintlichen Rechts, herbeigeführt durch den Angriff einer Privatperson auf die Person oder Sache eines Anderen. Der durch die Selbsthilfe herbeigeführte Zustand konnte zwar schon nach dem Rechte der späteren Republik rückgängig gemacht werden (durch die possessorischen Interdicte, durch das interd. quod vi aut clam, durch die act. quod metus §§ 122. 317. 324); auch verfiel, wer sich der Selbsthilfe bediente, seit Cäsar der lex Iulia de vi[2], allein Privatstrafen zog die Selbsthilfe bis in die zweite Hälfte des 2. Jahrhunderts p. Chr. nicht nach sich; seitdem wurde sie allmählich mit Privatstrafen verknüpft, es sei denn, daß der Besitzer eine ihm angethane Besitzstörung mittels Selbsthilfe beseitigt[3]. Die näheren Bestimmungen sind folgende:

1. Nach dem decretum divi Marci[4] (von Marc Aurel) soll der Gläubiger, der zum Zwecke seiner Befriedigung seinen Schuldner pfändet d. h. Sachen seines Schuldners eigenmächtig nimmt, diese zurückgeben und seine Forderung völlig verlieren; dies ist später ausgedehnt auf den Fall, daß der Gläubiger zum Zweck seiner Befriedigung den Schuldner zur Hingabe von Sachen zwingt[5], oder daß er sich der Sache eines Dritten (z. B. eines Landsmannes des Schuldners) oder der Kinder des Schuldners bemächtigt[6].

2. Nach einem Gesetz von Valentinian, Theodosius und Arcadius[7] von 389 n. Chr. soll Derjenige, welcher eine ihm wirklich oder vermeintlich gehörige von einem Anderen besessene Sache dem Anderen gewaltsam wegnimmt, diesem die Sache zurückgeben, und, falls er Eigenthümer ist, sein Eigenthum verlieren, falls er es nicht ist, den Werth der Sache dem Anderen zahlen.

Erlaubt ist die Selbsthilfe, wenn durch sie ein unwiederbringlicher Schaden abgewendet wird (daher darf der Gläubiger dem auf der Flucht begriffenen Schuldner das, was er zu fordern hat, eigenmächtig abnehmen[8]), sowie in dem oben bei N. 3 angeführten Falle.

---

[1] l. 1. § 4. l. 3. D. de j. et j. 1, 1; l. 4. l. 5. pr. l. 45. § 4. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 1. §§ 27. 28. l. 3. § 9. l. 17. D. de vi 43, 16; l. 1. C. quando lic. 3, 27; l. 1; C. unde vi 8, 4. — [2] l. 12. § 2. D. qu. met. c. 4, 2. — [3] l. 29. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 22. § 2. D. quod vi 43, 24; cf. l. 5. § 10. D. de o. n. n. 39, 1. — [4] l. 7. D. ad l. Jul. de vi priv. 48, 7. — [5] l. 13. D. qu. met. c. 4, 2. — [6] Nov. 52. c. 1; Nov. 134. c. 7. — [7] l. 7. C. unde vi 8, 4; § 1. I. vi bon. rapt. 4, 2; § 6. I. de int. 4, 15. — [8] l. 10. § 16. D. quae in fr. cred. 42, 8.

Die obigen Grundsätze sind durch das Canonische Recht[9], sowie durch Reichsgesetze[10] bestätigt worden. Neuerdings wird jedoch von angesehenen Rechtslehrern behauptet, daß, da das Reichsstrafgesetzbuch auf die Selbsthilfe keine Strafe setzt, die Römischen Strafen stillschweigend aufgehoben sind.

Dritter Titel.

Gerichtliche Geltendmachung der Rechte.

§ 78. Einleitung.

Savigny, § 204.

Der Staat gewährt als regelmäßigen Weg behufs Beseitigung von Zuständen, welche einem bestehenden Recht nicht gemäß sind, den Schutz durch die Gerichte; dieser Weg garantirt nicht bloß die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, sondern er zeichnet sich vor der Selbsthilfe auch durch seine Unparteilichkeit und durch seine Sicherheit aus; er ist unparteilich, denn er gewährt, falls ein Recht bestritten ist, die Möglichkeit einer gründlichen Verhandlung der Sache; er ist sicher, denn er ist von der Macht des Einzelnen unabhängig. Diese beiden Vorzüge entsprechen der doppelten Thätigkeit, welche die Gerichte zum Zweck des Schutzes eines Rechtes entwickeln; sie haben *a)* über das Dasein eines streitigen Rechts zu entscheiden, *b)* die Entscheidung zu exequiren d. h. nöthigenfalls mit Zwang durchzusetzen. Die Thätigkeit der Gerichte tritt nicht von Amtswegen ein; sie muß vielmehr von Seiten Desjenigen, welcher den thatsächlichen Zustand für nicht entsprechend seinem Recht hält, durch eine Klage (actio) angerufen werden, und es erfolgt hierauf eine Vernehmung der Gegenpartei (des Verklagten) sowie weitere Verhandlungen (namentlich das Beweisverfahren), um die Entscheidung des Gerichts (das Urtheil) möglichst gründlich vorzubereiten. Der Inbegriff der Thätigkeit der Parteien und des Gerichts bildet den Proceß. Der Proceß bietet zwei Seiten zur Betrachtung: einmal die einzelnen Theile des Proceßverfahrens, sodann seine Einwirkung auf das eingeklagte Recht; die Darstellung des Proceßverfahrens gehört in den Civilproceß, die der materiellen Wirkungen des Processes bezüglich des eingeklagten Rechts in die Lehre der Rechte selbst, also in den allgemeinen Theil der Pandekten.

I. Die Klage.

A. § 79. Begriff der Klage.

tt. D. XLIV, 7; C. IV, 10: de obligationibus et actionibus. — t. I. IV, 6: de actionibus. — Windscheid, die Actio des Römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. 1856. — Muther, zur Lehre von der Römischen Actio. 1857. — Windscheid, die Actio (Abwehr gegen Muther). 1857. — Bekker, die Actionen des Römischen Privatrechts. 2 Bde. 1871. 1873. — Savigny, § 205. — Vangerow, § 135.

Mit dem Ausdruck „Klage“ (actio) verbindet man einen doppelten Sinn. Vom Standpunkte des Civilprocesses aus versteht man darunter

---

[9] c. 18. in VI. de praeb. 3, 4. — [10] RGO. 1521. Tit. 32. § 2; RA. 1532. Tit. 3. § 15.

die processualische Handlung, worin eine Person (Kläger, actor, petitor) gegen einen bestimmten Gegner (Verklagter, reus, possessor, is unde petitur) den Schutz des Gerichtes anruft, um denselben zur Anerkennung des vom Kläger behaupteten Rechts und zu einem dem entsprechenden Verhalten zu zwingen. *Vom Standpunkte des materiellen Rechts aus versteht man darunter die Befugniß eines Berechtigten, erforderlichen Falls den Schutz der Gerichte behufs Durchsetzung seines Rechts anzurufen*, also die Befugniß zu einer Klage im processualischen Sinne; in diesem Sinne pflegt man zu sagen: der Eigenthümer, der Gläubiger hat eine Klage. Wo irgend es Verhältnisse im Rechte giebt, in welchen der Berechtigte keine Klage hat, da ist kein vollkommenes Recht vorhanden, sondern entweder die Anfänge eines Rechts oder umgekehrt ein im Absterben begriffenes Recht (vgl. die Fälle der Naturalobligation sowie das dingliche Recht nach verjährter Klage §§ 91. 230). Das Klagrecht existirt, schon bevor davon Gebrauch gemacht werden kann, es entsteht (als virtuelles, potentielles) sofort mit dem Rechte; denn jeder Berechtigte kann an Diejenigen, welche es angeht, den Anspruch erheben, daß sie sein Recht nicht verletzen; daher ist das Klagrecht nichts dem Rechte an sich Fremdes, nicht von außen her ihm hinzugefügt, *vielmehr ist es eine jedem Rechte innewohnende Macht*: ein jedes Recht ist erzwingbar, jedes Recht hat die Eigenschaft, falls der thatsächliche Zustand ihm nicht entsprechen sollte, von dem Berechtigten geltend gemacht werden zu können, — natürlich auf dem zuläßigen Wege, also auf dem Wege des Processes. Entspricht nun der thatsächliche Zustand nicht dem Recht, so verändert sich die Natur des Klagrechts; zu dem Grunde der Klage (dem Rechte selbst) tritt alsdann ein Anlaß der Klage (der entgegengesetzte thatsächliche Zustand) hinzu und aus dem *virtuellen* Klagrecht wird alsdann ein *actuelles*: es ist actio nata vorhanden (§ 87). *Es ist hiernach die Meinung unrichtig, wonach ein Klagrecht immer erst durch die Verletzung eines Rechts gegeben wird*; hiergegen spricht auch die Legal-definition[1] der Actio: actio nihil est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur.

Das soeben geschilderte Verhältniß zwischen Recht und Klagrecht ist nach Römischem Rechte nicht überall vorhanden. Bei den Rechten des ius civile setzt allerdings jedes Klagrecht ein Recht voraus; diejenigen Actiones hingegen, welche dem ius honorarium entsprungen sind, haben — wegen der eigenthümlichen Stellung der Römischen Magistrate — kein Recht zur Basis, sie sind vielmehr der Stoff, aus welchem das Recht erst abzuleiten ist, und die Quellen begnügen sich oft damit, Jemandem eine actio zuzusprechen, wo man die Zuertheilung eines Rechts erwartet (daher die häufig wiederkehrenden Ausdrücke in den Prätorischen Edicten: actionem dabo, iudicium dabo). Aber auch die umgekehrte Erscheinung findet sich: es wird Demjenigen, welcher nach ius civile berechtigt ist, durch das honorarische Recht die Actio genommen, und sein civiles Recht schrumpft zu einem wesenlosen Schatten zusammen (so bei dem Inhaber des nudum ius Quiritium, bei dem heres sine re (§ 388

---

[1] pr. I. h. t. 4, 6; l. 51. D. h. t. 44, 7.

N. 7. 8). Durch diese Erscheinungen bildet sich im Römischen Rechte eine Unabhängigkeit der Klage von dem Rechte: ein (civiles) Recht hat oft im Römischen Rechte keine Klage zur Folge, eine (honorarische) Klage hat kein Recht zur Voraussetzung. Diese Unabhängigkeit ist durch innere Gründe nicht gerechtfertigt und muß heut wegen der veränderten Staatsverfassung aufgegeben werden.

B. Arten der Klage.

1) § 80. Actiones in personam, in rem, quae mixtam causam habent.

Savigny, §§ 206—209. — Vangerow, §§ 136. 137.

I. Die Haupteintheilung der Klagen ist die in actiones in personam (act. personales, actiones schlechthin, persönliche Klagen) und actiones in rem (vindicationes, petitiones, dingliche Klagen[1]). Actio in personam ist eine Klage, welche auf eine Leistung Seitens einer von Anfang an bestimmten Person gerichtet ist, also regelmäßig die Klage aus einer Obligation. Actio in rem ist jede andere Klage, denn die Worte „in rem" haben eine rein negative Bedeutung, welche auch in anderen Wortverbindungen wiederkehrt (pacta in rem, nunciatio in rem, exceptio in rem, loqui in rem[2]); zu den actiones in rem gehören danach die Klagen aus den dinglichen Rechten (actiones in rem speciales), die Klagen aus Familienrechten (z. B. die vindicatio filii[3], § 353), die Erbrechtsklagen (actiones in rem de universitate[4]), endlich die Präjudicien (actiones praeiudiciales) d. h. diejenigen Processe, welche in keine Verurtheilung des Gegners auslaufen, sondern bei denen bloß ein bestimmtes Verhältniß festgestellt oder verneint wird, sei es der Status einer Person (ob Jemand frei, freigeboren, ehelich geboren[5]) oder ein thatsächlicher Vorgang (z. B. an praedictum sit, an venditio bonorum iure facta sit, quanta dos sit[6]); diese Feststellung resp. Verneinung ist für alle damit zusammenhängende Fragen und Processe maßgebend, der gegenwärtige Proceß also ein Vorproceß, ein praeiudicium; diese Feststellungsklage ist von der Reichscivilproceßordnung §§ 231. 253 aufs Neue anerkannt worden. — Mit der act. in rem darf nicht zusammengeworfen werden die actio in rem scripta; so wird nämlich in den Quellen[7] die actio quod metus (und die exceptio metus) deshalb genannt, weil der Bedrohte sie nicht bloß gegenüber dem Gewaltthätigen, sondern auch gegenüber jedem in Folge der Drohung Bereicherten brauchen kann; es ist dies eine Klage aus einer Obligation[8] (obl. ex delicto, § 317), aber durch positive Bestimmung wird in der Bereicherung, welche ein Dritter in Folge der Drohung erlangt, eine Verletzung der Rechte des Bedrohten gesehen; nicht in dem Zwange, sondern in der Bereicherung, welche in Folge des

---

[1] § 1. I. h. t. 4, 6; Gai. 4, 1. 2. 3; l. 25. pr. l. 28. D. h. t. 44, 7; l. 178. § 2. D. de v. s. 50, 16. — [2] l. 7. § 8. l. 17. § 5. l. 57. § 1. D. de pact. 2, 14; l. 19. § 1. D. qu. met. 4, 2; l. 10. D. de o. n. n. 39, 1; l. 1. § 3. D. de int. 43, 1; l. 5. § 13. D. qu. vi 43, 24. — [3] l. 1. § 2. D. de r. v. 6, 1; Gai. 1, 134. 168; Ulp. fr. 11. 6—8. 19, 11. — [4] l. 1. pr. l. 27. § 3. D. de r. v. 6. 1; l. 25. § 18. l. 49. D. de h. p. 5, 3. — [5] § 13. I. h. t. 4, 6. — [6] Gai. 3, 123; 4, 44; Paul. V, 9. § 1; l. 30. D. de reb. auct. jud. 42, 5. — [7] l. 9. § 8. D. quod. met. 4, 2; l. 4. § 33. D. de dol. exc. 44, 4. — [8] § 31. I. h. t. 4, 6.

Zwanges eingetreten ist, hat die Klage ihren Grund, und da die Bereicherung nicht an eine bestimmte Person gebunden ist, so nähert sich die Klage, sofern sie gegen einen Dritten gerichtet ist, der actio in rem: sie ist in rem scripta. Dieselbe oder doch eine ähnliche Natur haben die act. aquae pulviae arcendae[9], das int. quod legatorum[10], die Noxalklagen[11]; sie alle werden von den Neueren actiones in rem scriptae genannt. — Die vorstehende Auseinandersetzung ergibt die Unrichtigkeit zweier früher sehr verbreiteter Meinungen:

1. Die act. in personam sei die Klage aus einer Obligation, die actio in rem die aus einem dinglichen Rechte.

2. Die act. in personam könne nur gegen eine bestimmte Person gerichtet werden, die act. in rem möglicherweise gegen Jedermann. Daß nämlich act. in rem zuweilen nicht gegen Jedermann gerichtet werden können, ergibt sich aus der act. Publiciana, mit welcher der Kläger gegen den wahren Eigenthümer und den gleich guten redlichen Besitzer nicht durchdringt (§ 155 Nr. 2), sowie aus den Präjudicien an praedictum sit u. dgl., welche offenbar nur zwischen denselben Personen stattfinden, wie die Obligationen, welche sie betreffen.

II. Actiones quae mixtam causam habent. So werden in den Quellen[12] die drei Theilungsklagen (act. familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum) genannt. In der That haben sie einen doppelten Inhalt; sie sind zunächst auf Auseinandersetzung des Miteigenthums resp. auf Herstellung einer Grenze gerichtet, und dies kann von der Person des jedesmaligen Mitberechtigten resp. Nachbarn verlangt werden; sodann besteht zwischen den bestimmten Mitberechtigten resp. Grenznachbarn eine Obligation aus der Gemeinschaft resp. Nachbarschaft (§§ 304. 305), und auch die Pflichten hieraus (praestationes personales) werden in jenen Klagen festgestellt[13]. — Auch die hereditatis petitio wird einmal[14] beiläufig mixta personalis actio genannt, wahrscheinlich deshalb, weil sie gegen einen Schuldner des Erblassers, welcher das Erbrecht des Klägers bestreitet, angestellt werden kann (§ 430 Note 14).

2) § 81. Actiones rei persequendae causa, poenae persequendae causa, mixtae.

Savigny, §§ 210—212. — Vangerow, § 142.

I. Begriff. Dem Gegenstande nach theilt man die das Vermögen betreffenden Klagen in actiones rei persequendae causa, poenae persequendae causa, mixtae[1].

1. Actiones rei persequendae causa (bei den Neueren actiones rei persecutoriae, sachverfolgende, Ersatz-, erhaltende Klagen) dienen zur Wiederherstellung des gestörten Rechtszustandes einer Person; es gehören hieher regelmäßig die Klagen aus dinglichen Rechten und aus obligatorischen Verträgen.

---

[9] l. 6. § 5. l. 12. D. de aq. pl. 39, 3. — [10] l. 1. § 13. D. quod. leg. 43, 3. — [11] § 5. I. de nox. act. 4, 8; l. 1. § 12. D. si quadr. 9, 1. — [12] § 20. I. h. t. 4, 6. — [13] l. 1. D. fin. reg. 10, 1; l. 1. § 1. C. de ann. exc. 8, 40; §§ 4—7. I. de off. jud. 4, 17; Gai. 4, 42. — [14] l. 7. C. de h. p. 3, 31.

[1] §§ 16—27. I. h. t. 4, 6; Gai. 4, 6—9.

2. Actiones poenae persequendae causa, poenales, Strafklagen; sie sind von doppelter Art:

a. Zweiseitige Strafklagen; sie dienen dazu, dem Verletzer ein Uebel zuzufügen und zwar dadurch, daß das Vermögen des Verletzenden um ein gewisses Quantum (poena) ärmer gemacht wird, welches dem Vermögen des Verletzten zugeführt wird; z. B. die actio furti, iniuriarum.

b. Einseitige Strafklagen; ihr Gegenstand ist derselbe wie bei den act. rei persequendae causa, ihre Wirkung bezüglich des Vermögens des Verletzenden aber kann entweder die wie bei reipersecutorischen oder die wie bei zweiseitigen Strafklagen sein; deshalb werden sie in den Quellen bald als rei bald als poenae persequendae causa bezeichnet. Derart ist z. B. die act. doli, welche sowohl gegen Denjenigen zulässig ist, welcher aus Gewinnsucht, als gegen den, welcher aus bloßer Bosheit betrogen hat [2].

3. Actiones mixtae; sie dienen sowohl dazu, den gestörten Vermögenszustand einer Person herzustellen als dazu, ihm eine Vergrößerung zur Bestrafung und auf Kosten des Verletzers zuzuführen. Hieher gehört z. B. die act. vi bonorum raptorum, auch die act. legis Aquiliae gehört hieher, weil durch den eigenthümlichen Abschätzungsmodus (höchster Werth im letzten Jahr oder Monat [3]) der Beschädigte möglicherweise mehr erhält als der Schaden beträgt. — Aehnlich sind diejenigen Klagen, welche zwar von Anfang an auf Wiederherstellung eines gestörten Vermögenszustandes gerichtet sind, aber durch einen später hinzutretenden Umstand einen Strafzusatz erhalten z. B. weil der Schuldner es zum Proceß kommen läßt (so bei dem legatum ad pias causas [4]) oder weil er es zur Verurtheilung kommen läßt (so bei der act. quod metus und redhibitoria [5]) oder weil er die Schuld gerichtlich ableugnet (so bei der act. legis Aquiliae und bei der Klage, welche auf einen Schuldschein gestützt wird [6], in welchen Fällen die Regel gilt: lis infitiando crescit in duplum), oder weil er die Schuld doloser Weise nicht erfüllt (so bei dem depositum miserabile [7]).

II. Besondere Grundsätze über Straf- und gemischte Klagen. Hier sind namentlich folgende zwei Grundsätze zu erwähnen:

1. Wenn mehrere zusammen ein Delict (§ 209) oder eine delictartige Handlung begehen, welche mit einer zweiseitigen Straf- oder gemischten Klage verfolgt werden, so haftet Jeder für die volle Strafe, so daß die Strafe so oft bezahlt werden muß, als die Anzahl der Theilnehmer beträgt [8]; die einseitigen Strafklagen können zwar auch gegen jeden Theilnehmer nach freier Auswahl geltend gemacht werden, hat aber einer derselben die Schuld entrichtet, so werden die Uebrigen dadurch frei [9] (§ 246 unter II. 2).

---

[2] l. 18. pr. § 1. D. de d. m. 4, 3. — [3] § 9. I. ad l. Aqu. 4, 3; cf. l. 23. § 8. l. 51. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2. — [4] §§ 19. 26. I. h. t. 4, 6. — [5] §§ 25. 27. I. h. t. 4, 6; l. 45. D. de aed. ed. 21, 1. — [6] §§ 19. 23. 26. I. h. t 4, 6; Nov. 18. c. 8. — [7] § 17. I. h. t. 4, 6; l. 1. § 1. D. dep. 16, 3. — [8] l. 11. § 2. l. 51. i. f. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 55. § 1. D. de adm. 26, 7; l. 5. § 3. D. si quis eum 2, 7; l. 1. C. de cond. furt. 4, 8. — [9] l. 1. § 4. D. de eo per quem fact. 2, 10; l. 14. § 15. l. 15. D. quod met. 4, 2; l. 1. § 10. l. 3. l. 4. D. de his qui eff. 9, 3; l. 17. pr. D. de dol. 4, 3.

2. Die reipersecutorischen Klagen können gegen die Erben des Verletzenden geltend gemacht werden (actiones in heredem competunt), die zweiseitigen Strafklagen können es nicht[10]: in poenam heres non succedit[11]; die einseitigen Strafklagen und die gemischten Klagen können es nach Römischem Rechte nur insoweit als die Erben aus der Handlung ihres Erblassers bereichert sind[12]; das Canonische Recht[13] verordnete die unbeschränkte Haftung der Erben für den Schaden (iuxta facultates suas), allein nach der Praxis haften die Erben für den Schaden nur soweit, als die Erbschaft reicht (iuxta facultates hereditatis). Ist übrigens die Klage (zweiseitige, einseitige Strafklage, gemischte Klage) gegen den Verletzer selbst angestellt, dieser aber nach der Litiscontestation (Zustellung der Klage, § 94) gestorben, so kann die Klage wegen der in der Litiscontestation enthaltenen sog. novatio necessaria (§ 267 Note 2) mit allen ihren Folgen gegen die Erben fortgesetzt werden[14].

III. Heutige Anwendbarkeit der Straf- und gemischten Klagen. Unstreitig sind auch heut noch die einseitigen Strafklagen anwendbar; sie sind vom Standpunkte des Verletzten aus Entschädigungsklagen, nicht Strafklagen. Was aber die zweiseitigen Strafklagen sowie die gemischten und die diesen ähnlichen Klagen in ihrem Strafelemente betrifft, so ist deren heutige Anwendbarkeit in Theorie und Praxis bestritten. Darüber sind die Meisten jetzt einig, daß Strafklagen in denjenigen Fällen unanwendbar sind, in welchen heut eine öffentliche Strafe eintritt (so namentlich bei Diebstahl, Betrug, Gewalt, Injurie, bei letzterer erst nach dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 § 185 ff., vgl. unten § 321 a. E.), ferner in denjenigen Fällen, welche mit römischen Institutionen zusammenhängen (die Popularklagen § 84), oder mit Eigenthümlichkeiten des römischen Processes (so bei der act. quod metus, redhibitoria, bei den Klagen, wo lis infitiando crescit in duplum). Auf der anderen Seite sind unbestritten die Klagen auf die Ehescheidungsstrafen und die Strafen der zweiten Ehe (§ 349 sq.) noch heut in Geltung. Bezüglich der übrigen Strafklagen ist zu erwägen, daß sich nur vereinzelte Fälle ihrer Anwendung in der Rechtsprechung der Gerichte nachweisen lassen. Geht man nun von der Ansicht aus, daß das Römische Recht nicht in complexu, sondern nur insoweit recipirt worden ist, als seine Anwendung erfolgt ist (§ 1), so muß man sich zu Gunsten der Unanwendbarkeit der Strafklagen entscheiden. — Zu den heut noch praktischen Fällen der römischen Strafklagen ist durch die Praxis seit dem 16. Jahrhundert die Klage auf das Schmerzensgeld getreten; neben ihr hat das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 §§ 188. 231 eine Klage auf Buße an den Verletzten eingeführt, vgl. das Genauere in § 313 unter II. 3. § 321 a. E.

---

[10] § 1. I. de perp. et temp. act. 4, 12; l. 5. §§ 5. 13. D. de his qui eff. 9, 3; l. 1. pr. D. de priv. del. 46, 1. — [11] l. 22. D. de o. n. n. 39, 1. — [12] l. 4. § 2. D. de inc. 47, 9; l. 35. pr. D. de o. et a. 44, 7; l. 38. l. 44. D. de r. j. 50, 17; l. 1. § 6. D. de eo per quem fact. 2, 10; l. 42. l. 52. D. de r. v. 6, 1. — [13] c. 14. X. de sep. 3, 28; c. 9. X. de us. 5, 19; c. 5. X. de rapt. 5, 17; c. 28. X. de sent. exc. 5, 39. — [14] § 1. I. de perp. et temp. act. 4, 12: l. 26. l. 58. D. de o. et a. 44, 7; l. 139. l. 164. D. de r. j. 50, 17; l. 28. D. de inj. 47, 10.

3) § 82. Sog. actiones vindictam spirantes.

Savigny, § 230. — Vangerow, § 145.

Einige Klagen sind dazu bestimmt, dem Verletzten eine Genugthuung für erlittene persönliche Unbill zu verschaffen; sie können in Folge dessen nur vom Verletzten, nicht auch von seinen Erben angestellt werden [1], wohl aber können sie, wenn der Verletzte bereits den Proceß begonnen (litem contestirt, die Klage zugestellt) hat, von den Erben fortgesetzt werden [2]. Von diesen Klagen heißt es in den Quellen: vindictam continent, ad ultionem pertinent; die Neueren nennen sie actiones vindictam spirantes. Es gehören hieher a) die act. iniuriarum [3], b) die Klage auf Rückgabe einer Schenkung wegen Undankbarkeit [4], c) die querela inofficiosi testamenti [5], d) die act. de calumnia [6], e) die act. sepulcri violati [7], f) die act. in factum wegen verhinderter Beerdigung [8], g) die act. in factum des ungesetzlich verklagten Parens (oder Patronus [9]), h) die act. de effusis wegen Verwundung eines freien Menschen [10], i) die Klage auf die Ehescheidungsstrafe [11]. —

4) § 83. Actiones simplices und duplices.

Eck, die sogenannten doppelseitigen Klagen des Römischen und Gemeinen Deutschen Rechts. 1870. — Savigny, § 225.

Gewöhnlich ist die Klage eine actio simplex, d. h. der Kläger verlangt die Verurtheilung des Verklagten resp. (in den Präjudicien) die Feststellung eines Verhältnisses, der Verklagte verlangt die Abweisung des Klägers resp. die entgegengesetzte Feststellung des Verhältnisses. Bei einigen Klagen aber vereinigt jede Partei in sich nothgedrungen die Rolle sowohl des Klägers als des Verklagten; dies sind die actiones duplices; es gehören hieher die Theilungsklagen [1] (§ 80 unter II.); im Theilungsurtheil muß jedem Theil etwas zu- und etwas abgesprochen werden. — Die Quellen [2] rechnen ferner die interdicta retinendae possessionis (§ 120) zu den Doppelklagen; allein die Duplicität folgt nicht aus dem Begriff dieser Interdicte, sondern aus dem Antrage der Parteien, sie kann also fehlen (§ 120 unter 1. c.), und selbst wo sie vorhanden ist (§ 120 unter 1. a. b.), besteht sie nicht darin, daß jede Partei zugleich siegt und verurtheilt wird, vielmehr siegt nur die eine, die andere wird verurtheilt.

5) § 84. Historisch bedeutende Eintheilungen der Klagen.

Savigny, §§ 213—224. Beilagen 13. 14. — Vangerow, §§ 138—141. 143.

Zum Verständniß der Quellen ist es nothwendig, mehrere Eintheilungen der Klagen mitzutheilen, welche theils schon im Justinianischen,

---

[1] § 1. I. de perp. act. 4, 12; l. 2. § 4. D. de coll. 37, 6. — [2] § 1. i. f. I. de perp. act. 4, 12; l. 139. D. de r. 50, 17. — [3] l. 13. pr. l. 28. D. de inj. 47, 10. — [4] l. 1. l. 7. l. 10. C. de rer. don. 8, 56. — [5] l. 6. § 2. l. 7. l. 15. § 1. D. de inoff. 5, 2; l. 5. C. eod. 3, 28. — [6] l. 4. D. de cal. 3, 6. — [7] l. 6. l. 10. D. de sep. viol. 47, 12. — [8] l. 9. D. de rel. 11, 7. — [9] l. 4. § 1. l. 24. D. de in jus voc. 2, 4. — [10] l. 5. § 5. D. de his qui eff. 9, 3. — [11] l. 15. § 1. D. sol. matr. 24, 3.

[1] l. 2. § 1. D. comm. div. 10, 3; l. 2. § 3. l. 44. § 4. D. fam. erc. 10, 2; l. 10. D. fin. reg. 10, 1; l. 37. § 1. D. de o. et a. 44, 7. — [2] § 7. I. de int. 4, 15; l. 2. pr. D. de int. 43, 1; l. 3. § 1. D. uti poss. 43, 17; l. 37. § 1. D. de o. et a. 44, 7; Gai. 4, 160.

theils erst im heutigen Rechte bedeutungslos geworden sind. Dahin gehört die Eintheilung in:

1. Actiones civiles und honorariae (praetoriae, aediliciae); erstere gehören dem ius civile an, letztere sind durch die Edicte der Magistrate eingeführt [1].

2. Actiones directae, utiles, in factum. Bei Einführung einer neuen Klage durch die Edicte der Magistrate konnten zwei Wege eingeschlagen werden. Entweder wurde eine für einen bestimmten Fall bereits geltende Klage (meistens eine civile Klage) als Vorbild genommen und durch das Edict auf einen ähnlichen Fall übertragen, z. B. die Klagen des Eigenthümers auf den Emphyteuta, die des Cedenten auf den Cessionar, die des heres auf den bonorum possessor; dann hieß die vorbildliche Klage actio directa, die nachgebildete actio utilis [2]. Oder die neue Klage ward nicht an eine bereits bestehende angelehnt, sondern durchaus selbständig aufgestellt und rein den Thatsachen des concreten Falles angepaßt; dann hieß sie actio in factum [3], falls man es nicht vorzog, sie nach ihrem Erfinder (so die act. Serviana, Pauliana) oder nach ihrem Klaggrunde (so die act. doli, pecuniae constitutae) zu nennen. In Einem Falle jedoch hat die actio in factum eine andere Bedeutung; man bezeichnet nämlich damit die Civilklage aus einem sog. Innominatcontract (act. in factum civilis, praescriptis verbis in factum [4], § 209). Auch eine act. in factum (in dem regelmäßigen Sinne der Worte) kann wieder als Vorbild dienen; so ist die act. Serviana das Vorbild der act. hypothecaria. — Mit der dargestellten Eintheilung der actio directa und utilis darf der Gegensatz der actio directa und contraria nicht verwechselt werden; er hängt mit gewissen Obligationen (den sog. bilaterales inaequales, § 215) zusammen.

3. Actiones im engeren Sinne im Gegensatz zu den extraordinariae cognitiones und zu den interdicta. Zur Zeit des Formularprocesses ist das regelmäßige Verfahren (ordo iudiciorum Romanorum privatorum) in zwei Theile getheilt: *a*) das Verfahren in iure, bestehend in einer kurzen Darlegung ihrer Anträge durch die Parteien vor dem Magistrat und auslaufend in die Verweisung der Sache vor einen oder mehrere Geschworene oder vor einen ständigen Gerichtshof; *b*) das Verfahren in iudicio, bestehend in der Erörterung der Sache und in der Fällung des Urtheils durch die Geschworenen resp. den Gerichtshof. Ausnahmsweise wird in einigen Processen (z. B. in Honorar-, Alimenten-, Fideicommißsachen, Beschwerden von Sklaven und Kindern über den Herrn resp. Vater) die Theilung verlassen, so daß der Magistrat selbst die Sache erörtert und das Urtheil fällt. Wo das regelmäßige Verfahren beobachtet ward, sprach man von actio, wo das außerordentliche Verfahren stattfand, von extraordinaria cognitio [5]; das außerordentliche Verfahren in vermögensrechtlichen Klagen hieß auch extraordinaria persecutio [6]. — In

[1] l. 25. § 2. D. de o. et a. 44, 7; §§ 3. 12. I. h. t. 4, 6. — [2] l. 21. D. de pr. v. 19, 5; § 16. I. ad l. Aq. 4, 3. — [3] Gai. 4, 46. 107; l. 1. pr. l. 3. § 1. D. nautae 4, 9. — [4] l. 1. pr. l. 2. D. de pr. v. 19, 5. — [5] t. D. 50, 13: de extraordinariis cognitionibus; l. 17. D. de r. c. 12, 1. — [6] l. 178. § 2. D. de v. s. 50, 16.

einigen Fällen ward ein ganz eigenthümliches Verfahren eröffnet [7]; auf Antrag des Klägers befahl nämlich der Magistrat dem Verklagten, vorausgesetzt daß die klägerischen Angaben richtig seien, dem Verlangen des Klägers nachzukommen; und erst, wenn dieser Befehl unbefolgt blieb, ward ein Geschworener zur Erörterung der Sache und Fällung des Urtheils ernannt. Der bedingte Befehl des Magistrats hieß interdictum; er war entweder darauf gerichtet, daß der Verklagte dem Kläger etwas herausgebe (int. restitutoria) oder daß er ihm etwas vorzeige (int. exhibitoria) oder daß er keine Gewalt gegen ihn verübe (int. prohibitoria) oder auch auf Mehreres zugleich (int. mixta [8]). Interdicte kommen in allen Rechtsmaterien vor [9], und danach theilte man sie in int. de divinis rebus (z. B. de locis sacris, religiosis) und de humanis rebus; die letzteren sind publicae utilitatis causa (z. B. de via publica, de flumine publico) oder sui iuris tuendi causa (z. B. de liberis exhibendis) oder officii causa (z. B. de libero homine exhibendo) oder rei familiaris causa; die int. rei familiaris c. sind [10] entweder adipiscendae possessionis (z. B. int. quorum bonorum, Salvianum) oder retinendae possessionis (int. uti possidetis, utrubi) oder recuperandae possessionis (int. unde vi, de precario). — In früherer Zeit ward vielfach behauptet, daß alle Interdicte schleunige (summarische) Rechtsmittel gewesen seien; neuere Untersuchungen haben ergeben, daß nur einige Interdicte diesen Charakter gehabt haben. — Zu Justinians Zeit ist das oben erwähnte getheilte Verfahren geschwunden und das extraordinäre Verfahren das regelmäßige [11]. Auch das besondere Verfahren der Interdicte ist im Justinianischen Rechte fortgefallen: das Interdict wird nicht mehr vom Richter als Befehl an den Verklagten erlassen, es ist ein allgemeiner Befehl d. h. eine Rechtsregel geworden, und es findet eine Klage auf Grund dieser Rechtsregel statt (actio ex causa interdicti [12]); doch ist der zur Zeit der classischen Juristen übliche Sprachgebrauch noch heut geblieben.

4. Actiones arbitrariae werden gewisse Klagen von einer Eigenthümlichkeit des Verfahrens genannt. Da nämlich zur Zeit des Formularprocesses das Urtheil in Geld gefällt wird [13], dies aber nicht immer angemessen erscheint, so greift der Geschworene namentlich in den act. restitutoriae und exhibitoriae, mögen es dingliche Klagen sein (z. B. rei vindicatio, act. hypothecaria) oder persönliche (z. B. act. ad exhibendum, quod metus), zu einem Versuche, den Verklagten zur freiwilligen Herausgabe oder Vorzeigung der Sache an den Kläger zu bewegen [14]; er fordert ihn hierzu vor dem Urtheil auf (arbitrium de restituendo, de exhibendo, bei der act. hypothecaria auch de solvendo), spricht ihn, falls er der Aufforderung nachkommt, von der Klage frei und verurtheilt ihn im entgegengesetzten Falle zu einer Summe, welche er im

---

[7] Gai. 4, 139—170; t. D. 43, 1: de interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt; t. C. 8, 1; t. I. 4, 15: de interdictis. — [8] § 1. I. h. t. 4, 15; l. 1. § 1. D. h. t. 43, 1. — [9] l. 2. §§ 1. 3. D. h. t. 43, 1; cf. l. 1. pr. eod. — [10] Vgl. jedoch l. 1. pr. D. de tab. exh. 43, 5. — [11] pr. I. de succ. subl. 3, 12; § 8. I. h. t. 4, 15. — [12] pr. § 8. I. h. t. 4, 15. — [13] Gai. 4, 48. 52. — [14] § 31. I. h. t. 4, 15.

Falle des Dolus oder der culpa lata des Verklagten durch Eid des Klägers (iusiurandum in litem, § 45) feststellen läßt[15]. Seitdem die Verurtheilung des Verklagten auf den eingeklagten Gegenstand selbst erfolgt, ist das arbitrium de restituendo resp. exhibendo geschwunden[16].

5. Actiones stricti iuris und bonae fidei[17]. Die actio stricti iuris[18] ist eine solche, bei welcher das iudicium strictum ist, d. h. wo der Richter keinen Spielraum hat, sondern an die Worte der Parteien gebunden ist[19]; bei der act. bonae fidei ist der Richter auf die bona fides gewiesen und dadurch ist ihm in großem Umfange ein freies Ermessen eingeräumt[19a]. Es zeigt sich dieser Gegensatz namentlich in folgenden Rechtssätzen:

a. In den bonae fidei iudicia wird das im Verkehr Uebliche vom Richter berücksichtigt[20].

b. In den bonae fidei iudicia werden formlose Nebenabreden der Parteien (pacta adiecta) vom Richter berücksichtigt[21]; bei den stricta iudicia war dies in älterer Zeit gar nicht der Fall[22], in späterer Zeit kamen einige Ausnahmen auf[23].

c. Bonae fidei iudiciis exceptio doli inest[24], d. h. der Verklagte braucht die exc. doli (§ 92) nicht vor dem Magistrat vorzubringen und in die Formel aufnehmen zu lassen; bei stricta iudicia muß dies geschehen, widrigenfalls der Verklagte vor dem Geschworenen dem Kläger keinen Dolus vorwerfen kann.

d. Bei bonae fidei iudicia wird der Verklagte auch zur Leistung Dessen, was er aus dem geschuldeten Gegenstande gewonnen hat (omnis causa, § 95), insbesondere zur Leistung der Früchte (sowohl der gezogenen als der versäumten), verurtheilt[25]; anders bei stricta iudicia, wo die omnis causa nicht einmal von der Mora[26], sondern erst von der Litiscontestation[27] an geschuldet wird.

e. Eine bonae fidei actio kann auch auf bloßes Affectionsinteresse gegründet werden, eine stricti iuris actio nur auf Vermögensinteresse (§ 208[28]).

Actiones stricti iuris sind die act. ex stipulatu[29] ex testamento, nach der gemeinen Meinung auch die condictiones (s. unten bei 6); bonae fidei sind die act. emti venditi, locati conducti, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis,

[15] l. 2. § 1. D. de in lit. iur. 12, 3. — [16] cf. l. 68. D. de r. v. 6, 1. — [17] §§ 28–30. I. h. t. 4, 6. — [18] § 30. I. h. t. 4, 6; l. 5. § 4. D. de in lit. iur. 12, 3; l. 3. § 2. D. comm. 13, 6. — [19] l. 99. D. de v. o. 45, 1. — [19a] § 30. I. h. t. 4, 6. — [20] l. 31. § 20. D. de aed. ed. 21, 1; l. 7. D. de neg. gest. 3, 5. — [21] l. 7. § 5. D. de pact. 2, 14. — [22] arg. l. 7. § 7. D. de pact. 2, 14. — [23] l. 40. D. de r. c. 12, 1; l. 12. l. 23. C. de usur. 4, 32. — [24] l. 21. D. sol. matr. 24, 3; l. 84. § 5. D. de leg. 1. (30); l. 3. D. de resc. vend. 18, 5. — [25] l. 38. § 8. sq. § 15. D. de us. 22, 1. — [26] l. 38. § 7. D. de us. 22, 1; l. 3. § 1. D. de a. e. v. 19, 1. — [27] l. 31. pr. D. de r. c. 12, 1. — [28] l. 54. D. mand. 17, 1; l. 38. § 17. D. de v. o. 45, 1; l. 9. § 2. D. de statul. 40, 7. — [29] l. un. § 2. C. de rei ux. act. 5, 13; l. 5. § 4. D. de in lit. iur. 12, 3.

früher auch die act. fiduciae, rei uxoriae[30]. Aus dieser Aufzählung geht hervor, daß der Gegensatz der act. stricti iuris und bonae fidei kein allgemeiner war, und daß namentlich die dinglichen sowie die Delictsklagen unter keine der beiden Classen fielen. Heutzutage ist der Gegensatz, wenigstens was die aus dem Römischen Rechte uns überkommenen Klagen betrifft, überhaupt geschwunden: der Richter hat in ihnen allen ein freies Ermessen erhalten; freilich haben sich Klagen aus neuen Verhältnissen ohne freies richterliches Ermessen gebildet, namentlich die Wechselklage.

6. Condictiones. Diese rechnet die gemeine Meinung zu den actiones stricti iuris. Es muß aber diese Meinung verworfen[31] und vielmehr die Behauptung aufgestellt werden, daß Condictio eine (wenn der Ausdruck erlaubt ist) **abstracte** persönliche Klage ist, d. h. eine persönliche Klage, bei deren Anstellung vor dem Magistrat der Klaggrund (die causa debendi) nicht genannt und nicht in die Formula aufgenommen wird. Es sollen hier einige Beweise dieser Behauptung aufgestellt werden:

a. Die Definition der Condictionen bei Gaius (4, 5) als in personam actiones quibus dari fierive oportere intendimus.

b. Die uns erhaltenen Formeln der cond. furtiva und indebiti, welche beide übereinstimmend lauten: si paret eum dare oportere[32]; auch wird die Formel der cond. indebiti ausdrücklich als identisch mit der Formel der Darlehnsklage bezeichnet[33], welche unbestritten keine Angabe des Klaggrundes enthielt[34].

c. Die Eintheilungen der condictio. Dieselbe wird nämlich von den classischen Juristen bloß nach ihrem Gegenstande in cond. certi[35] (bei Geld), cond. triticaria[36] (bei anderen bestimmten Sachen) und cond. incerti[37] (bei unbestimmten Leistungen) eingetheilt. Nicht hingegen existirt bei ihnen eine Eintheilung nach dem Klaggrund; die heut gebräuchliche Eintheilung in cond. indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem causam, ob iniustam causam, sine causa, ex lege rührt nicht von den classischen Juristen, sondern von Justinian her; die classischen Juristen kennen diese Bezeichnungen entweder gar nicht oder gebrauchen sie nicht im technischen Sinne (§ 280). Den Klaggrund nennen die classischen Juristen nicht in Verbindung mit condictio, sie sagen nie (was man bisher für sehr auffallend erachtet hat) condictio ex stipulatu sondern actio ex stipulatu.

d. Eben weil die condictio an keinen Klaggrund gebunden ist, kann sie aus jedem Grunde angestellt werden: Contract, Delict, Testament, was ausdrücklich in den Quellen bestätigt wird[38].

e. Wird eine condictio in einem Falle angestellt, wo eine actio famosa (§ 27) angestellt werden könnte, so hat die Verurtheilung des Verklagten keine Infamie für ihn zur Folge[39].

---

[30] §§ 28. 29. I. h. t. 4, 6; Gai. 4, 62. — [31] Vgl. l. 66. de cond. i. D. 12, 6. — [32] Gai. 4, 4. § 1. I. qu. m. re contr. obl. 3, 14; Gai. 3, 91; cf. 4, 64. 86. — [33] l. 5. § 3. D. de o. et a. 44, 7. — [34] Cic. pro Q. Rosc. comoedo cap. 5. — [35] t. D. 12, 1: de rebus creditis si certum petetur et de condictione; t. C. 4, 2: si certum petatur. — [36] t. D. 13, 3: de condictione triticaria. — [37] l. 60. D. de leg. 1. (30); l. 3. D. de cond. sine causa 12, 7; l. 12. D. de nov. 46, 2. — [38] l. 9. pr. § 1. D. de r. c. 12, 1. — [39] l. 36. D. de o. et a. 44, 7.

Da im heutigen Recht[39a] in der Klage stets der Klaggrund angegeben werden muß, so ist der Begriff der Condictio ein rein historischer.

7. Actiones privatae und populares. Privatklagen sind zum Schutz der Privatinteressen bestimmt; mit Popularklagen werden öffentliche Interessen verfolgt, und zwar können sie von jedem Bürger (gleichsam als Vertreter des Staats) angestellt werden. Die Popularklagen sind sämmtlich zweiseitige Strafklagen (§ 81 unter I. 2); sie sind entweder durch Specialgesetze (z. B. in den alten Stadtrechten von Malaca und Salpensa) oder durch das prätorische Edict eingeführt; bei den durch Specialgesetze eingeführten Popularklagen fällt die Strafsumme an das Volk, bei den prätorischen an den Kläger. Einzelne Popularklagen sind die act. sepulcri violati (für den Fall, daß ein sonst Berechtigter nicht existirt oder nicht klagen will), de effusis et eiectis, si homo liber periisse nocitumve ei esse dicetur, de positis, de albo corrupto u. dgl. m.[40]. Heutzutage sind diese Klagen nicht mehr üblich, die Obrigkeit schreitet von Amtswegen ein.

C. Endigung der Klagen.

1. § 85. Die Klagenconcurrenz.

Kleinschrod, zur Lehre von der Concurrenz der Klagen. 1849. — Martens, über Concurrenz und Collision der Römischen Civilklagen. 1856. — Merkel, über den Concurs der Actionen. 1877. — Savigny, §§ 231—236. — Vangerow, § 153.

I. Heutige Lehre. Klagenconcurrenz (früher elective Klagenconcurrenz genannt) ist vorhanden, wenn derselbe materielle Anspruch ganz oder zum Theil mit mehreren Klagen verfolgt werden kann. Der Grund dieser an sich auffallenden Erscheinung kann ein verschiedener sein. Er kann in der Mehrheit der verpflichteten Personen liegen: sind mehrere Personen als Correalschuldner, als bloße Solidarschuldner, als Prinzipal- resp. accessorische Schuldner verpflichtet (§ 244—§ 247), so sind ebensoviel Klagen als Personen vorhanden. Oder er kann darin liegen, daß in Einer Handlung verschiedene Rechte derselben Person verletzt werden; so verletzt Derjenige, welcher eine ihm vom Eigenthümer commodirte Sache beschädigt, den Commodanten ebensosehr in seiner Eigenschaft als Eigenthümer wie als Gläubiger, und haftet ihm deshalb sowohl mit der act. legis Aquiliae als mit der act. commodati[1]. Oder er kann in processualischen Einrichtungen seinen Grund haben, welche neue Klagen neben bereits bestehenden einführen; so ist die condictio eine abstracte Klage neben einer jeden persönlichen materiellen Klage[2] (§ 84 unter 6), die condictio furtiva ist eine Klagform neben der rei vindicatio für den bestohlenen Eigenthümer gegen den Dieb[3] (§ 311 N. 35 ff.). — Es gilt nun die Regel: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur[4]. Ist also in Folge der Anstellung einer Klage der Anspruch völlig befriedigt worden, so kann die andere

---

[39a] Reichscivilproceßordnung § 230. — [40] t. D. 47, 23: de popularibus actionibus.

[1] l. 7. § 1. D. comm. 13, 6. — [2] l. 11. § 6. D. de a. e. v. 19, 1; l. 13. § 1. D. dep. 16, 3. — [3] l. 9. § 1. D. de furt. 47, 2. — [4] l. 57. D. de r. j. 50, 17.

Klage nicht mehr angestellt werden; ist aber eine Klage angestellt worden, welche dem Gegenstand nach weniger umfaßt als die concurrirende Klage, und ist demgemäß auch nur das Wenigere geleistet worden, so kann mit der concurrirenden Klage noch das nachgefordert werden, was jene nicht gewährte[5]; daher kann z. B. der Commodant, welcher zuerst mit der act. commodati die Beschädigung seiner Sache durch den Commodatar verfolgt hat, hierauf noch die act. legis Aquiliae auf dasjenige anstellen, was diese Klage vermöge ihres eigenthümlichen Schätzungsmaßstabes (§ 313 N. 6) mehr als die act. commodati gewährt[6].

II. Frühere Ansichten. Die bisher dargestellte Concurrenz verdient allein diesen Namen (denn hier ist ein Anspruch mit mehreren Klagen verfolgbar); bis gegen die Mitte unseres Jahrhunderts faßte man aber die Klagenconcurrenz ganz äußerlich, und unterschied sie in eine elective, alternative, cumulative und successive.

1. Unter der electiven Klagenconcurrenz verstand man die unter I dargestellte.

2. Unter der alternativen Klagenconcurrenz verstand man die Fälle, in denen Jemandem zwischen verschiedenen materiellen Ansprüchen und demnach in der Regel zwischen verschiedenen Klagen die Wahl zusteht; hat er sich durch Beginn des Processes (durch Litiscontestation) für einen Anspruch entschieden, so verliert er sofort und ohne daß es auf die Befriedigung des gewählten Anspruchs ankommt, den anderen Anspruch resp. die andere Klage. So hat, wenn bei einem unter lex commissoria abgeschlossenen Kauf der Zahlungstag nicht eingehalten ist, der Verkäufer die Wahl zwischen der Einforderung des Kaufgeldes und der Rückforderung der Sache[7]; ferner hat, wenn eine fehlerhafte Sache verkauft worden ist, der Käufer die Wahl zwischen der Aufhebung des Kaufcontracts (mit der act. redhibitoria) und der Rückforderung des über den Werth hinaus Bezahlten (mit der act. quanti minoris[8]); der in einem Testamente mit der Codicillarclausel Eingesetzte hat die Wahl zwischen den Rechten eines Erben (der hereditatis petitio) und denen eines Universalfideicommissars (fideicommissaria hereditatis petitio[9]) u. dgl. m.[10] In allen diesen Fällen liegt keine Concurrenz von Klagen sondern von Rechten vor.

3. Unter der cumulativen Klagenconcurrenz verstand man namentlich die Fälle, in denen mehrere Klagen aus einem gemeinsamen Entstehungsgrunde zusammentreffen. So entspringt aus einem Delict häufig eine Klage auf Schadensersatz und zugleich eine andere auf Strafe z. B. aus dem Diebstahl die cond. furtiva und die act. furti (§ 209 unter B. 2); ferner haften mehrere Delinquenten Jeder auf die volle Strafe

[5] l. 34. §§ 1. 2. l. 41. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 43. § 1. D. de r. j. 50, 17; l. 38. § 1. l. 43. l. 47. pr. D. pro soc. 17, 2; l. 17. pr. D. de dolo 4, 3; l. 1. § 10—l. 4. D. de his qui eff. 9, 3; l. 2. § 3. D. de priv. del. 47, 1. — [6] l. 7. § 1. D. comm. 13, 6. — [7] l. 7. D. de lege comm. 18, 3. — [8] l. 18. pr. l. 19. § 6. D. de aed. ed. 21, 1; l. 25. § 1. D. de exc. rei jud. 44, 2. — [9] l. 8. C. de cod. 6, 36. — [10] l. 1. C. de furt. 6, 2; l. 5. § 1. D. de calumn. 3, 6; l. 20. C. de furt. 6, 2; § 10. I. de obl. quae ex del. 4, 1; l. 76. § 8. D. de leg. 2. (31); l. 84. § 13. D. de leg. 1. (30); l. 3. § 5. l. 6. § 4. D. nautae 4, 9; l. 1. § 3. furti adv. naut. 47, 5.

(§ 81 unter II. 1). In diesen Fällen liegt weder eine Concurrenz von Klagen noch von Rechten vor, vielmehr stehen dem Berechtigten mehrere Ansprüche neben einander, und demgemäß mehrere Klagen zu ihrer Geltendmachung zu.

4. Unter der successiven Klagenconcurrenz verstand man die Fälle, in denen eine Klage durch eine andere vorbereitet wird. So dient die act. ad exhibendum zur Vorbereitung der rei vindicatio (§ 139 i. A.), die rei vindicatio und die hereditatis petitio zur Vorbereitung der act. communi dividundo und familiae erciscundae (§ 302 N. 20). Offenbar kann hier nicht von einer Concurrenz sondern nur von einer Nacheinanderfolge der Klagen die Rede sein.

2. Die Klagenverjährung.

a. § 86. Rechtfertigung und Geschichte der Klagenverjährung.

Unterholzner, Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten (besonders Buch 6). 2. Aufl. 1858. — Demelius, Untersuchungen aus dem Römischen Civilrecht. Nr. 1. 1856. — Savigny, §§ 237. 238. 252. — Vangerow, §§ 146. 152.

I. Rechtfertigung der Klagenverjährung. Die Klagenverjährung ist der Untergang des Klagrechts in Folge seiner Nichtausübung während einer gesetzlich bestimmten Zeit. An sich zwar ist die Klage unabhängig von der Zeit: sie hört dadurch nicht auf, daß sie eine Zeit lang nicht angestellt worden ist. Allein innere Gründe sprechen für eine zeitliche Beschränkung der Klage durch positive Rechtsvorschrift. Vor Allem die Wahrnehmung, daß die Rechtsverhältnisse der Menschen, sofern nicht außergewöhnliche Maßregeln getroffen werden, für Streit und Zweifel leicht empfänglich sind; es muß ein Mittel gefunden werden, um die Bestreitbarkeit und Anzweiflung endlich zu beseitigen und den Rechtsverhältnissen eine endliche Sicherheit zu geben; als ein solches Mittel erscheint es, wenn der Staat bei dem Versuche, die bestehenden Verhältnisse zu ändern, nach Ablauf einer bestimmten Zeit seine Mithilfe versagt. Dazu tritt der Umstand, daß die Anstellung der Klage in der Willkür des Klagberechtigten liegt, daß er also durch Verzögerung der Klage die Vertheidigung des Verklagten zu erschweren vermag, da die Beweismittel (z. B. die Zeugen durch Tod) wegfallen können; es ist billig, daß diese Macht des Klagberechtigten, da sie mißbraucht werden kann, auf eine gewisse Zeit eingeschränkt werde. In manchen Fällen tritt noch die Wahrscheinlichkeit hinzu, daß das einzuklagende Recht nicht mehr existire, da sonst der Berechtigte mit Anstellung der Klage nicht so lange gewartet hätte. Man hat früher die Klagenverjährung auch dadurch zu rechtfertigen gesucht, daß man sie eine poena negligentiae nannte[1] und in der That wird der Klagberechtigte nicht sofort seiner Klage beraubt, sondern erst, nachdem er eine gewisse Zeit lang unthätig geblieben ist; dennoch darf man in der Klagenverjährung keine Strafe der Nachlässigkeit sehen, denn sie tritt auch dann ein, wenn die Nichtanstellung der Klage in anderen Umständen ihren Grund hat, z. B. darin, daß der Klagberech-

[1] cf. l. 2. l. 3. C. de ann. exc. 7, 40.

tigte seinen Schuldner nicht drücken will, oder darin, daß sein Schuldner zahlungsunfähig ist.

II. Geschichte der Klagenverjährung. Die soeben für die Klagenverjährung angegebenen Gründe haben im alten Römischen Rechte gar keine, im classischen Römischen Rechte nur theilweise Anerkennung gefunden; erst in der spätesten Kaiserzeit ward ihnen vollständig beigepflichtet. Ursprünglich waren die Klagen von unbeschränkter Dauer; erst das prätorische Edict führte einige Klagen, namentlich Strafklagen, mit Beschränkung auf einen annus utilis ein, so daß, wenn sie nach Ablauf des Jahres angestellt wurden, dem Verklagten eine annua exceptio zustand [2]; zum Theil noch kürzere Fristen führten die Aedilen für die Klagen aus dem Kaufe einer fehlerhaften Sache ein (§ 289) [3]; dann wurden auch einige civile Klagen der Verjährung unterworfen: die Klagen gegen den Sponsor und Fidepromissor, die Statusklagen, die Klagen des Fiscus auf bona vacantia und Strafen, namentlich aber die in rem actiones speciales (§ 80) [4], welche gegenüber einem titulirten redlichen Besitzer in zehn Jahren inter praesentes, in zwanzig Jahren inter absentes verjähren sollten (longi temporis praescriptio, § 140); dieser Verjährung der in rem actiones setzte Constantin eine Verjährung von dreißig und vierzig Jahren zur Seite, falls es dem Besitzer der Sache an Titel oder Redlichkeit fehlen sollte [5]; Theodos II. bestimmte 424 n. Chr., daß alle Klagen, welche nicht schon im bisherigen Recht auf eine kürzere Frist eingeschränkt seien, also die hereditatis petitio (in rem actio de universitate, § 80) und die meisten persönlichen Klagen in dreißig Jahren verjähren sollten (praescriptio triginta annorum [6]). Durch das Gesetz von Theodosius II. wurde der Klagenverjährung fast eine allgemeine Anwendbarkeit verschafft; denn es wurde dadurch die große Menge der act. in personam der dreißigjährigen Verjährung unterworfen; zwar nahm Theodos einige Klagen von der Verjährung aus und die Juristen vermehrten ihre Zahl durch willkürliche Auslegung des Gesetzes, allein spätere Kaisergesetze unterwarfen die meisten der bisherigen Ausnahmen der Klagverjährung, zum Theil mit Festsetzung einer mehr als dreißigjährigen Frist [7]. Ganz der Verjährung entzogen waren nach Justinianischem Recht bloß die vindicatio in libertatem [8], die Vindication eines Colonen durch den Grundherrn [9], sowie die des Curialen durch die Stadt [10], endlich die Klage des Fiscus auf rückständige Steuern [11]. Von diesen Fällen ist nur der letzte heute praktisch; dazu treten noch die Theilungsklagen, insofern sie auf Theilung resp. auf Grenzberichtigung gehen

[2] pr. I. de perp. et temp. act. 4, 12; l. 30. § 5. D. de pec. 15, 1; l. 15. § 5. D. quod vi 43, 24. — [3] l. 38. pr. D. de aed. ed. 21, 1. — [4] Gai. 3, 121. — tt. D. 40, 15; C. 7, 21: ne de statu defunctorum post quiquennium quaeratur; l. 1. §§ 2. 3. D. de jure fisci 49, 14; l. 1. C. de quadr. praescr. 7, 37; l. 2. § 1. l. 3. l. 4. D. de requir. 48, 17. — [5] l. 2. C. de pr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [6] l. 3. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [7] l. 4. l. 9. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39; t. C. 7, 40: de annali exceptione Italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus eorum. — [8] l. 3. C. de l. t. praescr. quae pro libertate 7, 22. — [9] l. 23. pr. C. de agricol. 11, 47. — [10] l. 5. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [11] l. 6. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39.

(also insofern sie in rem sind, § 80 unter II[12]); denn der Anspruch hierauf erneut sich mit jedem Augenblick. — Zweierlei ist noch hinzuzufügen:

a. Klagen, welche in dreißig oder mehr Jahren verjähren, heißen actiones perpetuae, andere Klagen actiones temporales, temporariae.

b. Von der Klagenverjährung ist die Proceßverjährung wohl zu unterscheiden; jene betrifft die Frage: wie lange darf eine Klage ohne Nachtheil unangestellt bleiben? diese die Frage: in wie langer Zeit muß ein Proceß, nachdem die Klage angestellt ist, vollendet werden? Nach classischem Rechte erloschen (lis moritur, tempore amittitur) die iudicia legitima mit dem Ablauf von achtzehn Monaten, die iudicia imperio continentia mit dem Abgang des Magistrats, welcher den Proceß eingeleitet hatte[13]. Diese Bestimmung ist in die Justinianische Codification nicht übergegangen; dagegen erließ Justinian mehrere Bestimmungen[14], von denen folgende bis in die neueste Zeit geltend war: wenn ein Proceß liegen geblieben ist, so kann er innerhalb vierzig Jahren wieder aufgenommen werden; später ist er verjährt[15] (man nennt dies heut die Verjährung der Litispendenz), allein diese Bestimmung ist in die Reichscivilproceßordnung nicht aufgenommen, und deshalb giebt es fortan keine Proceßverjährung und keine Verjährung der Litispendenz mehr.

b. Voraussetzungen der Klagenverjährung.

Vorbemerkung.

Nach Römischem Recht hat die Klagenverjährung zwei Voraussetzungen: den Ablauf der gesetzlich vorgeschriebenen Frist (§ 87), ohne daß das Klagrecht ausgeübt worden ist (§ 88). Dazu ist durch das Canonische Recht für gewisse Fälle noch die bona fides des Gegners getreten (§ 89).

α. § 87. Der Ablauf der Frist.

Demelius, Untersuchungen Nr. 2. 1856. — Savigny, §§ 239–241. 247. — Vangerow, §§ 147. 148.

Die Darstellung des Fristablaufs geschieht durch Beantwortung folgender drei Fragen: I) Mit welchem Moment beginnt die Verjährungsfrist zu laufen? II) Wie lange dauert die Verjährungsfrist? III) In welchem Augenblick ist der Lauf der Verjährungsfrist vollendet?

ad I. Der Augenblick, mit welchem die Verjährungsfrist zu laufen beginnt, heißt actio nata[1]; über die Bestimmung desselben sind in neuerer Zeit zwei Theorieen aufgestellt worden; nach der einen ist dann actio nata, wenn ein Recht eine Verletzung erfahren hat, nach der anderen dann, wenn der bestehende thatsächliche Zustand dem Rechte widerspricht. Die Streitfrage ist unerheblich:

---

[12] l. 5. C. comm. div. 3, 37; l. 1. § 1. C. de ann. exc. 7, 40. — [13] Gai. 4, 104, 105. — [14] l. 13. C. de jud. 3, 1. — [15] l. 9. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39; l. 1. § 1. C. de ann. exc. 7, 40.

[1] l. 3. l. 7. § 1. C. de pr. 30. vel 40. ann. 7, 39; l. 1. § 1. C. de ann. exc. 7, 40; l. 30. C. de jure dot. 5, 12.

a. Bezüglich der rei vindicatio und der übrigen dinglichen Klagen; man ist einig, daß der Lauf der Verjährungsfrist erst mit der Rechtsverletzung beginnt, bei der rei vindicatio also dann, wenn sich Jemand den Besitz der Sache anmaßt; denn erst dann entsteht ein dem Eigenthum widersprechender thatsächlicher Zustand.

b. Bei den Obligationen, welche auf ein Nichtthun gerichtet sind; man ist einig, daß der Lauf der Verjährungsfrist in dem Augenblick beginnt, wo der Verpflichtete der Obligation zuwider handelt.

c. Bei den Obligationen, welche auf etwas Positives gerichtet und ihrer Natur nach nicht auf eine gewisse Dauer berechnet sind; (so die Forderung aus einer Stipulation, auf den Kaufpreis und den Kaufgegenstand u. s. w.); man ist einig, daß der Lauf der Verjährungsfrist sofort mit der Perfection der Forderung beginnt (obligationis exordium [2]).

Dagegen streitet man:

d. Bezüglich derjenigen Obligationen, welche auf etwas Positives gerichtet und ihrer Natur nach auf eine gewisse Dauer berechnet, von den Contrahenten aber hinsichtlich der Dauer unbestimmt gelassen worden sind (z. B. ein Darlehn, ein Precarium ist schlechthin und ohne Zeitbestimmung gegeben, eine Sache ist deponirt worden): ob sofort mit der Perfection der Obligation (zweite Theorie) der Lauf der Verjährungsfrist beginne, oder erst dann, wenn der Gläubiger den Schuldner zur Erfüllung vergeblich aufgefordert (gemahnt) hat (erste Theorie)? Dem Zweck der Klagverjährung entspricht die zweite Theorie; dieselbe wird auch in mehreren Quellenzeugnissen bestätigt [3]; endlich ergibt sich ihre Richtigkeit daraus, daß alle Obligationen, deren Fälligkeit durch Gesetz oder Willenserklärung nicht besonders bestimmt ist, sofort mit ihrer Entstehung fällig (also einklagbar) werden; der Umstand, daß manche Obligationen ihrer Natur nach auf eine gewisse Dauer berechnet sind, übt auf ihre Fälligkeit keinen Einfluß, vgl. § 227 unter II.

Folgende besondere Bemerkungen sind noch hinzuzufügen:

1. Bei bedingten Rechtsverhältnissen beginnt der Lauf der Verjährungsfrist erst mit der Erfüllung der Bedingung, bei betagten erst mit Eintritt des dies [4].

2. Bei zweiseitigen Obligationen beginnt der Lauf der Verjährungsfrist sofort mit der Perfection, und nicht etwa (wie Einige behaupten) für jeden Contrahenten in dem Augenblick, wo er seine Leistung gemacht hat; denn regelmäßig kann jeder Contrahent sofort mit der Perfection der Obligation die Gegenleistung gegen seine Leistung fordern (§ 215). Verschieden davon ist die Forderung des Verpfänders auf Rückgabe des Faustpfandes; dieser kann die Rückgabe erst nach Tilgung der Pfandschuld verlangen [5].

3. Bei solchen Rechten, deren Ausübung noch eine Erklärung des Gläubigers, daß er sie ausüben wolle, voraussetzt (z. B. bei dem Recht von einem Vertrage zurückzutreten, bei dem Darlehn auf Kündigung oder

---

[2] l. 7. § 6. C. de pr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [3] l. 1. § 22. D. dep. 16, 3; l. 94. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 8. § 7. D. de prec. 43, 26; cf. l. 21. § 1. D. de pec. const. 13, 5. — [4] l. 7. § 4. C. de pr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [5] l. 9. § 3. D. de pign. a. 13, 7.

auf eine bestimmte Frist nach der Kündigung), beginnt der Lauf der Verjährungsfrist nicht erst mit dem Augenblick der Erklärung des Gläubigers, sondern schon dann, wenn die Erklärung abgegeben werden kann resp. wenn nach diesem Zeitpunkt die Kündigungsfrist abgelaufen ist. Diese Regel, welche freilich durch Quellenzeugnisse nicht erwiesen werden kann und deshalb streitig ist, rechtfertigt sich aus inneren Gründen; denn da jene Erklärung ganz im Belieben des Gläubigers steht, und da sie sogar in der Klage selbst abgegeben werden kann, so ist sie kein Hinderniß für die Anstellung der Klage, mithin das Klagrecht selbst nicht aufgeschoben [6]. In früherer Zeit ward eine ähnliche aber viel umfassendere Regel aufgestellt: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris; diese Regel wird heut allgemein verworfen; sie führt z. B. dahin, die Verjährung der Dotalklage nicht erst in dem Augenblick der Scheidung [6a], sondern schon in dem Zeitpunkt beginnen zu lassen, in welchem der Ehemann seiner Gattin Grund zur Scheidung giebt.

4. Bei wiederkehrenden Leistungen (Zinsen, Renten) beginnt für jede einzelne Leistung am Tage ihrer Fälligkeit der Lauf der Verjährungsfrist [7]; nach positiver Vorschrift jedoch gilt, wenn die Hauptschuld verjährt ist, auch in Ansehung aller rückständigen Zinsen die Klage als verjährt [8]. Ob das Recht auf Zinsen, Renten im Ganzen verjähren könne, ist bestritten und in den Quellen übergangen; man muß es bejahen, vorausgesetzt daß der Schuldner das Recht im Ganzen bestreitet und der Gläubiger trotzdem nicht klagt.

5. Die act. tutelae des Unmündigen resp. die act. tutelae utilis des Minderjährigen beginnt nach positiver Vorschrift erst nach beendigter Vormundschaft zu verjähren [9].

ad. II. Die Verjährungsfrist beträgt in der Regel dreißig Jahre; in vielen Fällen ist sie länger, in vielen kürzer; es werden diese abweichenden Fristen später in den einzelnen Materien angegeben werden; schon hier jedoch sollen die bemerkenswerthesten Abweichungen aufgezählt werden. In vierzig Jahren verjähren die Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, welche sonst in zehn, zwanzig, dreißig Jahren verjähren [10]; die Klagen der Cathedralkirche in Rom verjähren erst in hundert Jahren [11]; in vierzig Jahren verjährt ferner die act. hypothecaria in einigen Fällen [12]; ob auch die Klagen des Fiscus (Regenten und seiner Gemahlin) in vierzig Jahren verjähren, ist bestritten; es fand dies im Römischen Recht nur [13] bezüglich der Klage auf fundi patrimoniales statt [14], durch die Praxis aber ist dies auf alle Klagen des Fiscus, des Regenten und seiner Gemahlin übertragen worden. Strafklagen des Fiscus verjähren in zwanzig Jahren [15], seine Klagen auf bona vacantia in vier [16],

---

[6] cf. l. 48. D. de v. o. 45, 1. — [6a] l. 7. § 4. C. de pr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [7] l. 7. § 6. C. de pr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [8] l. 26. pr. C. de usur. 4, 32. — [9] l. 4. § 3. D. de adm. 27, 3; l. 2. l. 14. C. de adm. 5, 35. — [10] Nov. 111; Nov. 131. c. 6. — [11] c. 13. c. 14. c. 17. X. de praescr. 2, 26; c. 2. in VI. de praescr. 2, 13. — [12] l. 7. C. de pr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [13] l. 6. C. de fund. rei priv. 11, 65. — [14] l. 14. D. de fund. patr. 11, 61. — [15] l. 13. pr. D. de div. temp. pr. 44, 3; l. 2. § 1. l. 3. l. 4. § 1. D. de requir. 48, 17; l. 1. § 3. D. de j. f. 49, 14. — [16] l. 10. § 1. D. de div. temp. pr. 44, 3; l. 1. § 2. D. de j. f. 49, 14; l. 1. C. de quadr. pr. 7, 37.

auf Commissa in fünf Jahren[17] (§ 133). Klagen bezüglich des Status eines Verstorbenen, namentlich die querela inofficiosi[18], verjähren in fünf Jahren von seinem Tode an[19]; prätorische Strafklagen verjähren regelmäßig in einem Jahre[20], die Klage auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verjährt seit Justinian in vier Jahren[21]; die ädilicische act. redhibitoria verjährt in sechs Monaten, die act. quanti minoris in einem Jahre[22]. Auch in mehreren neueren Reichsgesetzen sind kurze Verjährungsfristen eingeführt, darunter vornehmlich eine zweijährige Frist für die Ersatzansprüche gegen den Unternehmer von Bergwerken u. s. w. bei Tödtungen und Körperverletzungen[22a] (§ 314 a. E.) — Die Verjährungsfrist braucht nicht zwischen denselben Personen abzulaufen, vorausgesetzt, daß durch Succession (universelle oder singulare) eine andere Person an die Stelle des zuerst Verpflichteten tritt[23]; man drückt dies gewöhnlich so aus: es findet accessio temporis statt.

ad III. Beendet ist die Verjährung mit dem Ablauf des letzten Tages, denn sie enthält den Verlust eines Rechtes[24] (§ 74).

β. § 88. Nichtausübung des Klagrechts.

Savigny, § 242. — Vangerow, § 150.

Als ausgeübt gilt das Klagrecht nicht schon dann, wenn die Klage bei dem competenten Richter resp. bei dem Schiedsrichter[1] angebracht ist, sondern im classischen Recht erst dann, wenn in Folge der Anbringung der Klage lis contestirt ist[2], im nachclassischen und heutigen Recht dann, wann die Klage dem Verklagten insinuirt (zugestellt) ist[3]. Ist über das Vermögen eines Schuldners der Concurs eröffnet, so wird nach der Reichsconcursordnung § 13 durch die Anmeldung der Concursforderung bei dem Concursgericht die Verjährung unterbrochen.

γ. § 89. Bona fides des Verjährenden.

Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. 1820. — Savigny, §§ 244—246. — Vangerow, § 149.

Die bona fides des Verjährenden d. h. seine Unkenntniß bezüglich des fraglichen Rechtes war in früherer Zeit in Einem Falle nothwendig: bei der longi temporis praescriptio; diese aber ist, da sie später den Charakter einer Ersitzung angenommen hat (§ 140), aus der Klagenverjährung ausgeschieden, und sonach wird im Justinianischen Recht bei der Klagenverjährung nirgends mehr die bona fides des Verjährenden verlangt. Das Canonische Recht verordnete aber[1]: nulla valeat absque

---

[17] l. 2. C. de vect. 4, 61. — [18] l. 34. C. de inoff. 3, 28. — [19] t. D. 40, 15; C. 7, 21: ne de statu defunctorum post quinquennium queratur. — [20] l. 35. pr. D. de o. et a. 44, 7; l. 8. D. de pop. act. 47, 23. — [21] l. 7. C. de temp. i. i. r. 2, 53. — [22] l. 19. § 6. D. de aed. ed. 21, 1. — [22a] Reichsgesetz vom 7. Juni 1871. — [23] l. 7. §§ 1. 2. i. f. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [24] l. 6. D. de o. et a. 44, 7.

[1] l. 7. C. ne de statu 7, 21; l. 5. § 1. C. de rec. arb. 2, 56. — [2] l. 9. § 3. D. de jurej. 12, 2; l. 8. § 1. D. de fidej. et nom. 27, 7. — [3] l. 3. C. de ann. exc. 7, 40; l. 7. pr. § 5. C. de pr. 30. vel 40. ann. 7, 39; Reichscivilproceßordnung § 239.

[1] c. 20. c. 5. X. de praescr. 2, 26.

bona fide praescriptio . . . ., qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae. Ueber den Sinn dieser Worte haben sich vier Meinungen gebildet. Die erste bezieht sie bloß auf die Ersitzung: die Neuerung gegenüber dem Römischen Recht bestehe bloß darin, daß der Ersitzende nicht bloß beim Beginn der Ersitzung, sondern ununterbrochen in bona fide sein muß (§ 144); dieser Meinung widersprechen die umfassenderen Ausdrücke praescriptio, qui praescribit (§ 72). Die zweite Meinung bezieht sie auch auf alle Fälle der Klagenverjährung; ihr widersprechen die beschränkenden Worte conscientiam rei alienae. Die dritte Meinung bezieht sie auf alle dinglichen Klagen, die vierte auf diejenigen Klagen, welche auf Restitution einer unrechtmäßig besessenen Sache gerichtet sind, sie seien dinglich (z. B. rei vindicatio, a. public.) oder persönlich (z. B. die act. depositi, commodati, locati, pigneraticia); die vierte Meinung allein entspricht den Worten des Gesetzes.

c. § 90. Unterbrechung und Ruhen der Klagenverjährung.

Savigny, §§ 242. 243. 252. — Vangerow, § 150.

„Die Klagenverjährung ist unterbrochen" bedeutet: es ist ein Ereigniß eingetreten, welches bewirkt, daß der bisher verlaufene Theil der Verjährungsfrist vergeblich verlaufen ist; es kann jedoch nunmehr eine neue Verjährung der Klage beginnen. „Die Klagenverjährung ruht" bedeutet: es ist ein Ereigniß eingetreten, welches bewirkt, daß der nachherige Verlauf der Frist nicht gerechnet wird, bis ein entgegengesetztes Ereigniß den Fortlauf der Klagenverjährung wieder gestattet.

1. Die Klagenverjährung wird unterbrochen (interruptio temporis, interruptum silentium) durch Klageinsinuation (bei Concursforderungen durch Klageanmeldung) und durch Verlust der bona fides (sog. mala fides superveniens, s. §§ 88. 89); ferner durch jede Anerkennung des Rechts von Seiten des Gegners: Ausstellung eines neuen Schuldscheins, Bestellung von Pfand oder Bürgen, Zahlung von Zinsen, Abschlagszahlungen auf das Capital[1], ferner dadurch, daß der Gläubiger ein für die Schuld bestelltes Pfand ohne Gewalt in seinem Besitz hat[2]; keine Unterbrechung liegt in der Mahnung.

2. Die Klagenverjährung ruht (bei den Neueren: praescriptio dormit) a) so lange eine Klage einem Hauskinde wegen eines zu seinen regelmäßigen Adventicien gehörigen Rechts zusteht[3], b) solange der Klagberechtigte unmündig ist[4], c) solange er minderjährig ist, hier jedoch nur bei Klagen, welche in weniger als dreißig Jahren verjähren[5], d) solange gewisse rechtliche Hindernisse der Anstellung der Klage im Wege stehen (daher die Regel der Neueren: agere non valenti non currit praescriptio); so läuft nicht die Verjährung der reivindicatio auf verbautes Baumaterial[6] (§ 126 unter II. 4), ferner nicht die Verjährung der

---

[1] l. 7. § 5. l. 8. § 4. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39; l. 19. C. de fide instr. 4, 21; l. 5. C. de duob. reis 8, 40. — [2] l. 7. § 5. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [3] l. 1. § 2. C. de ann. exc. 7, 40; l. 4. i. f. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [4] l. 3. § 1. l. 7. pr. § 1. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [5] l. 5. C. in qu. c. i. i. r. 2, 41. — [6] § 29. l. de r. d. 2, 1.

Klagen gegen einen Schuldner, welcher ein Moratorium ausgewirkt hat[7], ferner nicht gegen einen Erben resp. Erbanwärter, welcher von dem benef. inventarii resp. von dem beneficium deliberandi Gebrauch macht[8], ferner nicht gegen eine Ehefrau wegen ihrer Dotalsachen, solange die Ehe besteht[7a]; e) solange gewisse factische Hindernisse der Anstellung der Klage im Wege stehen; so nach Römischem Rechte in den Fällen, wo die Verjährungsfrist nach den Regeln des tempus utile berechnet wird[9] (§ 74), ferner nach Canonischem Recht in dem Fall des feindlichen Einfalls und (bei Klagen der römischen Kirche) im Falle des Schisma[10].

d. § 91. Wirkung der Klagenverjährung.

Savigny, §§ 248—251. — Vangerow, § 151.

Ist die Klage verjährt, so kann der Verjährende, wenn sie dennoch angestellt wird, ihr eine Einrede entgegensetzen, regelmäßig die praescriptio triginta annorum s. longissimi temporis; der Richter hat demnach die Thatsache der Verjährung nicht, wie Einige fälschlich behaupten, von Amtswegen zu berücksichtigen. Die Wirkung der Einrede ist bei dinglichen und persönlichen Rechten verschieden:

1. Das dingliche Recht dauert nach verjährter Klage als klagloses gegenüber dem jetzigen Besitzer der Sache und seinen Successoren fort; kommt die Sache in den Besitz Jemandes, welcher nicht Successor des Verjährenden ist, so kann sie ihm der Berechtigte mit der dinglichen Klage abfordern[1]; kommt sie auf rechtmäßige Weise in den Besitz des Berechtigten zurück, so kann der Verjährende sie ihm nicht mit Erfolg abfordern.

2. Ob auch die Obligation nach verjährter Klage als klaglose (naturalis obligatio, § 230) fortdauere oder völlig untergehe: das ist sehr bestritten. Nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen kann das auf eine verjährte Schuld aus entschuldbarem Irrthum Gezahlte (mit der condictio indebiti) zurückgefordert werden[2]; ferner sind die auf eine verjährte Schuld geleisteten fideiussio und constitutum (§§ 258. 264.) nichtig[3]; ferner verliert, nachdem die Hauptschuld verjährt ist, auch die vor der Verjährung bestellte fideiussio ihre Giltigkeit[4]; dagegen dauert das vor der Verjährung bestellte Pfandrecht fort, trotzdem die Obligation verjährt ist (die act. hypothecaria verjährt vielfach in vierzig, die Klage aus der Obligation regelmäßig in dreißig Jahren[5]), und auch das vor der Verjährung abgegebene Constitutum bleibt trotz verjährter Obligation giltig[6]. Erwägt man, daß die beiden letzten Vorschriften (Note 5. 6) nicht entscheidend sein können, weil Pfandrecht und Constitutum noch in anderen Fällen trotz des Unterganges der Obligation bestehen bleiben (§§ 207. 258), so muß man sich zu Gunsten der völligen Aufhebung der Obli-

---

[7] l. 8. i. f. C. qui bonis ced. 7, 71. — [7a] l. 30. C. de iure dot. 5, 12. — [8] l. 22. § 11. C. de iure del. 6, 30. — [9] l. 55. D. de aed. ed. 21, 1; l. 6. D. de cal. 3, 6. — [10] c. 13. C. 16. qu. 3; c. 10. c. 14. X. de praescr. 2, 26.

[1] l. 8. § 1. c. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [2] l. 25. § 1. D. r. r. 46, 8. — [3] l. 37. D. de fid. 46, 1; l. 18. § 1. D. de pec. const. 13, 5. — [4] l. 38. § 4. D. de sol. 46, 3. — [5] l. 7. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39; l. 2. C. de luit. pign. 8, 31. — [6] l. 18. § 1. D. de pec. const. 13, 5.

gation entscheiden. Mit diesem Resultat stimmt überein, daß, wenn zwei Personen zur querela inofficiosi berechtigt sind und hierauf die Klage der Einen verjährt, der Anspruch derselben ihrem Genossen accrescirt[7].

II. § 92. Exceptio (Einrede).

t. D. XLIV, 1: de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis. — t. C. VIII, 36: de exceptionibus seu praescriptionibus. — t. I. IV, 13: de exceptionibus. — Albrecht, die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprocesses geschichtlich entwickelt. 1835. — Maxen, über Beweislast, Einreden und Exceptionen. 1861. — Eisele, die materielle Grundlage der Exceptio. 1871. — Birkmayer, die Exceptionen im bonae fidei iudicium. 1874. — Lenel, über Ursprung und Wirkung der Exceptionen. 1876. — Savigny, §§ 226—228. 253—255. Vangerow, §§ 154—156.

A. Begriff. Möglicherweise vertheidigt der Verklagte sich

1. in der Weise, daß er das gegenwärtige Dasein des vom Kläger behaupteten Rechts ganz oder theilweis verneint (sog. negative Litiscontestation). Die Verneinung ist in doppelter Weise denkbar: a) so, daß der Verklagte die vom Kläger behaupteten Thatsachen, aus denen der Kläger sein Recht ableitet, leugnet; b) oder so, daß er zwar diese Thatsachen zugiebt, zugleich aber andere Thatsachen anführt, aus welchen folgt, daß das vom Kläger behauptete Recht nicht entstanden (z. B. daß die Obligation nichtig sei, weil der Versprecher wahnsinnig, ein Kind gewesen) oder später wieder aufgehoben worden (z. B. daß die Obligation durch Zahlung getilgt sei).

2. Oder er vertheidigt sich in der Weise, daß er das klägerische Recht zwar anerkennt, zugleich aber ihm einen Umstand entgegenhält, welcher die Durchführung der Klage hemmt[1]. Diese Umstände können mannigfaltig sein: entweder ein Recht oder eine Thatsache (z. B. die Einrede des Ususfructus gegenüber der angestellten rei vindicatio — die Einrede der Impensen gegenüber derselben Klage), entweder aus Proceßvorschriften entnommen (z. B. exc. fori incompetentis) oder aus Grundsätzen des materiellen Rechts. Dieser Umstände mußte zur Zeit des Formularprocesses in der Formel gedacht werden und zwar als einer Ausnahme von dem Condemnationsbefehl, welchen der Magistrat dem Geschwornen ertheilte[2]; daher hieß dieser Zusatz in der Formel exceptio; ebenso hieß die Befugniß Jemandes, diesen Zusatz zu beantragen; in einigen Fällen, in denen der Zusatz im Anfang der Formel geschrieben wurde, hieß er praescriptio[3] (z. B. praescriptio longi, longissimi temporis). Hiemit in Uebereinstimmung lautet die Legaldefinition der Exceptio[4]: exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemque deductum est. Seit dem Untergange des Formularprocesses bedeutet Exceptio die Befugniß Jemandes, durch Vorbringen eines Umstandes die Durchführung eines Rechts im Prozesse ganz oder theilweis zu hemmen; der gedachte Umstand darf also weder von der Art sein, daß er die Entstehung des eingeklagten Rechts verhindert noch von der Art, daß er seine Auf-

---

[7] l. 23. § 2. D. de inoff. 5, 2.

[1] Gai. 4, 116; pr. I. h. t. 4, 13. — [2] Gai. 4, 119; l. 22. pr. D. h. t. 44, 1. — [3] Gai. 4, 132. 133. — [4] l. 2. pr. D. h. t. 44, 1.

hebung herbeiführt (oben 1. b); dahingegen muß er die Kraft haben, das eingeklagte Recht ganz oder zum Theil (trotz seines Bestehens) zu hemmen. — Die eben auseinandergesetzte Bedeutung von Exceptio wird heut nur von den Romanisten festgehalten; dagegen legt die Wissenschaft des Gemeinen Processes den Worten Exceptio, Einrede eine umfassendere Bedeutung bei, indem sie darunter jeden selbständigen Gegenangriff des Verklagten versteht, um die Abweisung der Klage herbeizuführen, gestützt auf Behauptungen, welche sich mit der Wahrheit der klägerischen Behauptungen vertragen, und dennoch bezweckend, den Klageantrag zu elidiren. Vergleicht man diesen Begriff mit der obigen Darstellung, so begreift er außer der römischen exceptio (im Mittelalter gewöhnlich exceptio iuris genannt) auch den unter 1 b. angegebenen zweiten Fall der negativen Litiscontestatio des Verklagten (im Mittelalter gewöhnlich exceptio facti genannt); diese beiden Vertheidigungsweisen haben allerdings Ein gemeinsames Merkmal: bei beiden liegt der Beweis dem Verklagten ob[5]; im Uebrigen sind sie verschieden.

B. Arten. Man theilt die Exceptionen:

1. In dilatoriae (temporales, verzögerliche) und peremtoriae (perpetuae, zerstörliche)[6]. Erstere hindern die Klage nur für eine gewisse Zeit (z. B. exc. pacti de non petendo ad tempus, exceptio praeiudicii, unter welcher man die Behauptung versteht, daß die Entscheidung des gegenwärtigen Processes von der Entscheidung einer anderen Frage abhänge, welche erst in einem besonderen Processe ergehen müsse[7]) oder unter gewissen Umständen (z. B. exc. fori incompetentis); letztere schließen die Klage für immer aus (exc. doli, metus, rei iudicatae, pacti de non petendo in perpetuum u. dgl. m.). Nach classischem Römischem Recht konnte selbst Derjenige, dessen Klage in Folge einer exc. dilatoria zurückgewiesen war, nicht mehr eine neue verbesserte Klage anstellen, weil seine Klage durch die fehlerhafte Anstellung consumirt war[8] (§ 95 i. A.); nur wurde er, falls er in entschuldbarem Irrthum sich befunden hatte, gegen den Verlust der Klage restituirt[9]. Dies ist im Justinianischen und heutigen Recht nicht mehr der Fall[10].

2. In personae und rei cohaerentes[11]. Erstere können nur von Demjenigen gebraucht werden, auf welchen sich die Exceptio ursprünglich bezieht; letztere auch von Anderen, welche an seiner Stelle verklagt werden z. B. Erben, Bürgen. Die exc. rei cohaerentes sind die an Zahl weit überwiegenden; zu den exc. personae cohaerentes gehört z. B. die Exceptio aus dem benef. competentiae, die exc. pacti de non petendo in personam (§§ 228 Note 18. § 268 Note 8).

3. In exceptiones in rem und in personam[12]. Erstere können Jedem, welcher als Kläger auf Grund eines bestimmten Rechtsverhältnisses auftritt, entgegengesetzt werden, letztere nur bestimmten Personen.

---

[5] l. 12. l. 25. § 2. D. de prob. 22, 3. — [6] l. 2. § 4. l. 3. D. h. t. 44, 1; §§ 8. 10. I. h. t. 4, 13. — [7] l. 13. l. 16. l. 21. D. h. t. 44, 1. — [8] Gai. 4, 123. — [9] l. 2. D. de exc. r. j. 44, 2. — [10] § 10. I. h. t. 4, 13; cf. § 33. I. de act. 4, 6. — [11] l. 7. pr. § 1. l. 19. D. h. t. 44, 1; § 4. I. de repl. 4, 14. — [12] l. 4. §§ 27—29. 31. 33. D. de doli exc. 44, 4.

Die exc. in rem sind die bei weitem überwiegenden; exc. in personam sind z. B. die Exceptio aus dem benef. competentiae in vielen Fällen, die exc. doli, welche außer dem Betrüger bloß noch seinen Erben und dem Donatar entgegengehalten werden kann[12a].

4. Historisch zu erwähnen ist die Eintheilung in exc. utilis, in factum — analog der act. utilis, in factum[13] (§ 84).

C. Ursprung. Die Exceptionen entspringen[14] sowohl dem Civilrecht in früherer und späterer Zeit (z. B. exc. legis Cinciae, Plaetoriae, Anastasianae, scti Macedoniani, Velleiani) als dem prätorischen Recht (z. B. exc. doli, metus, pacti, iurisiurandi). Die prätorischen Exceptionen haben ihren Grund meist in dem Bestreben des Prätor, die Billigkeit gegenüber dem strengen Civilrecht zur Geltung zu bringen[15]. Die wichtigste prätorische Exceptio ist die exc. doli[16], welche man jetzt in die exc. doli specialis (s. praeteriti) und generalis (s. praesentis) unterscheidet; mit der ersteren wird behauptet, daß der Kläger in früherer Zeit einen das im Proceß befangene Rechtsverhältniß betreffenden Betrug verübt habe[17], daß also dieses Rechtsverhältniß fehlerhaft entstanden sei (§ 51); mit der letzteren wird behauptet, daß zwar dem im Proceß befangenen Rechtsverhältniß selbst kein Dolus anhängt, daß aber in der gegenwärtigen Einklagung des Rechtsverhältnisses ein Dolus liege[18]: etsi inter initia nihil fecit dolose, attamen nunc petendo facit dolose, daher steht z. B. dem vindicirenden Eigenthümer die exc. doli entgegen, wenn er nicht vorher dem Besitzer gewisse Impensen ersetzt (§ 153). — Die exc. doli generalis wurde zur Zeit des Formularprocesses oft bloß deshalb in die Formel gesetzt, um mit allgemein gefaßten Worten alle irgendwie denkbaren Einreden des Verklagten zu begreifen, denn dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit[19]; die exc. doli gen. war also damals ein Ersatz für irgend eine specielle Exceptio. Heutzutage, wo jede Einrede sofort thatsächlich begründet werden muß, ist die exc. doli generalis eine Bezeichnung für Exceptionen, welche keinen bestimmten Namen haben.

D. Verjährung. Feststeht, daß, wer sich nicht durch Klage, sondern bloß durch eine Exceptio schützen kann (z. B. der Naturalgläubiger, § 230), diese nicht durch Verjährung verliert, denn der Gebrauch der Exceptio hängt nicht von ihm ab, sondern von dem Gegner, welcher die Klaganstellung nach Laune hinausschieben kann[20]. Sehr streitig hingegen ist die Frage ob Derjenige, welchem sowohl eine Klage als eine Exceptio zusteht, nach verjährter Klage noch die Exceptio habe; die bejahende Meinung wird gewöhnlich mit den Worten bezeichnet: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua; die verneinende Meinung drücken die französischen Juristen mit den Worten aus: tant dure l'action, tant dure l'exception. Nach richtiger Meinung muß

[12a] l. 4. § 29. D. de d. m. exc. 44, 2. — [13] l. 4. § 32. D. de doli exc. 44, 4; l. 21. D. de pr. verb. 19, 5; § 1. I. h. t. 4, 13. — [14] § 7. I. h. t. 4, 13. — [15] l. 3. § 1. D. de pec. const. 13, 5; pr. §§ 1—5. I. h. t. 4, 13. — [16] t. D. 44, 4: de doli mali et metus exceptione. — [17] l. 2. pr. § 1. D. h. t. 44, 4. — [18] l. 2. §§ 3. 5. l. 8. l. 12. D. h. t. 44, 4. — [19] l. 2. § 5. D. h. t. 44, 4. — [20] l. 5. § 6. D. de doli exc. 44, 4.

man auf die Natur des Rechts, aus welchem Klage und Exceptio entspringen, zurückgehen; ist dieses ein dingliches, so dauert auch nach verjährter Klage die Exceptio fort, weil das dingliche Recht selbst noch fortbesteht; ist es eine Obligation, so ist mit der Klage die Obligation selbst verjährt (§ 91) und deshalb die Exceptio nicht mehr vorhanden[21].

III. § 93. Replik, Duplik u. s. w.

Savigny, § 229. — Vangerow, § 157.

Wie der Verklagte sich gegenüber der Klage, so kann der Kläger sich gegenüber der Exceptio vertheidigen: er kann sie leugnen oder ihr eine exceptio exceptionis entgegenstellen, um ihre Wirkung zu beseitigen und die Klage aufrecht zu erhalten. Diese Entgegenhaltung heißt Replik[1]. Der Verklagte kann hierauf die Replik negiren oder ihr eine exc. replicationis entgegenstellen, welche Duplik genannt wird. Und so kann es weiter zur Triplik, Quadruplik u. s. w. kommen[2].

IV. Der Proceßbeginn (die Litiscontestation resp. Klagezustellung).

Keller, über Litiscontestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht. 1827. — Puchta, die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß. 2 Bde. 1846. 1847. — Wächter, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht. H. 3. 1846. — Bekker, die processualische Consumtion im classischen Römischen Recht. 1853. — Krüger, die processualische Consumtion und die Rechtskraft des Erkenntnisses. 1864. — Vgl. außerdem die Literatur zu § 79. — Savigny, §§ 256—279. — Vangerow, §§ 159. 160.

Vorbemerkung.

Mit dem Proceßbeginn sind bedeutende Wirkungen bezüglich des Rechtsverhältnisses der Parteien verknüpft; sie lassen sich darauf zurückführen, daß die angestellte Klage wegen des Widerspruchs des Verklagten vom Richter einer Prüfung unterzogen werden muß und daß erst nach deren Beendigung die Entscheidung ergehen kann; es muß dafür gesorgt werden: einerseits, daß dieser Aufschub der Entscheidung dem Kläger nicht zu unverdientem Nachtheil gereiche, andererseits, daß der Verklagte nicht durch unbillige Bevorzugung des Klägers bewogen werde, das Recht, welches er sich zuschreibt, ohne Vertheidigung aufzugeben[1]. — Zwei Fragen sind zu beantworten: 1) in welchem Augenblick ist der Proceß begonnen? (§ 94). 2) welche Wirkungen sind mit dem Proceßbeginn verknüpft? (§ 95).

A. § 94. In welchem Augenblick ist der Proceß begonnen?

Der Proceß ist nach R. R. begonnen, wenn der Entschluß der Parteien, daß sie es in ihrer Angelegenheit auf richterliche Entscheidung ankommen lassen wollen, erklärt ist. Den Augenblick des begonnenen Processes nennen die Quellen: litis contestatio; vom Kläger heißt es: actor litem contestatur cum reo, während bezüglich des Verklagten die Worte „judicium

---

[21] cf. l. 9. § 4. D. de jurej. 12, 2.

[1] l. 2. § 1. l. 22. D. de exc. 44, 1; pr. I. de repl. 4, 14. — [2] §§ 1. 2. I. de repl. 4, 14.

[1] l. 40. pr. i. f. D. de h. p. 5, 3; l. 63. D. de r. j. 50, 17.

accipere“ gebräuchlich sind. Die Bezeichnung „litis contestatio“ stammt daher, daß zur Zeit der Legisactionen (vielleicht noch zur Zeit des Formularverfahrens) am Schlusse des Verfahrens in iure von beiden Parteien Zeugen angerufen wurden[2], um über den Hergang in iure später vor dem Richter erforderlichen Falles Auskunft zu ertheilen. Als der Act fortgefallen war, knüpfte man die Wirkungen, welche bisher mit ihm verbunden waren, an das Ende des Verfahrens in iure: an die Ertheilung der Formula[3]. In dem hierauf folgenden extraordinären Proceß (§ 84 unter 3) sah man als Litiscontestation die erste mündliche Verhandlung vor dem Richter an, welche der (mündlichen oder schriftlichen) Klaganstellung folgte, und in welcher beide Parteien ihre entgegengesetzten Anträge ausführlich motivirten[4]. Schärfer als Act ausgeprägt tritt die Litiscontestation im Canonischen Proceß auf; der Richter frug den Kläger nach Verlesung seines Klaglibells, ob er bei der Klage verharre; und wenn dies der Kläger bejaht hatte, so widersprach der Verklagte dem Klagantrag in allgemein gefaßten Worten (gewöhnlich: nego narrata prout narrantur, et dico petita fieri non debere), und nun erst erfolgte in weiteren Terminen die eingehende Erörterung und Ausmittelung der einzelnen Behauptungen des Klägers[5]. Aehnlich in den Reichsgesetzen des 16. Jahrhunderts[6], in denen die Litiscontestation mit „Kriegsbefestigung“ bezeichnet wurde. Eine Aenderung trat ein, als der jüngste Reichsabschied von 1654 § 37 verordnete, daß der Verklagte sofort im ersten Termin eine bestimmte Erklärung über alle in der Klage enthaltenen Thatsachen abgeben und alle Exceptionen vorbringen solle, und als ferner in der Praxis die mündliche Wiederholung des Klaglibells sich verlor; da nämlich nunmehr der erste Termin bloß mit der Auslassung des Verklagten ausgefüllt wurde, so setzte man die Litiscontestation in die Antwort des Verklagten, worin er unter Einlassung auf die Klage dem Klagantrage widersprach; später als der schriftliche Proceß der herrschende ward, galt dafür die erste Proceßschrift des Verklagten, worin er unter Einlassung auf die Klage dem Klagantrage widersprach (die sog. Exceptionsschrift). Bedeutende neuere Juristen erachten jedoch diesen Zeitpunkt nicht als den geeigneten, um an ihn die Wirkungen der römischen Litiscontestation zu knüpfen, und wollen ihm vielmehr den Augenblick, in welchem die Klage an den Verklagten zugestellt (insinuirt) wird, substituirt wissen; mit anderen Worten: der Proceß soll nicht erst in dem Augenblick als begonnen gelten, in welchem die Parteien ihren Entschluß, es auf die richterliche Entscheidung ankommen zu lassen, erklärt haben, sondern schon in dem Augenblick, in welchem der desfallsige Entschluß des Klägers dem Verklagten mitgetheilt ist. Diese Meinung ist durch die Reichscivilproceßordnung §§ 239. 230 zum Gesetz erhoben worden; vgl. unten § 95 a. E.

---

[2] Paul. Diac. ex Festo s. v. contestari. — [3] cf. l. 24. § 3. D. de lib. c. 40, 12; l. 28. § 4. D. de jud. 5, 1; l. 1. § 2. D. de fer. 2, 12. — [4] l. un. C. de litisc. 3, 9; l. 14. § 1. C. de jud. 3, 1; l. 2. C. de jurej. propter cal. 2, 59. — [5] c. un. X. de lite c. 2, 5; c. 62. X. de app. 2, 28; c. 1. c. 2. in VI. de l. c. 2. 3. — [6] KGO. v. 1500. Tit. 12. § 2. KGO. v. 1507. Tit. 1. § 4. KGO. v. 1523. Tit. 3. § 3. KGO. v. 1555. Tit. 13. § 4.

B. § 95. Die Wirkungen des Proceßbeginns (der Litiscontestation resp. der Klagezustellung).

Unter den Wirkungen der Litiscontestation ist diejenige, welche in classischer Zeit die wichtigste war, im Justinianischen und heutigen Recht fast ganz verschwunden; man bezeichnet sie als processualische Consumtion. Es galt nämlich in classischer Zeit die Regel: de eadem re ne bis sit actio [1]; durch die Anstellung der Klage ist diese realisirt und deshalb (abgesehen von dem schwebenden Proceß) consumirt; sie kann nicht mehr wieder angestellt werden [2], selbst wenn der gegenwärtige Proceß ohne Urtheil (z. B. wegen Proceßverjährung, § 86 a. E.) zu Ende geht, selbst wenn er wegen Pluspetitio oder wegen einer dilatorischen Einrede (§ 92 Note 8) zu Ungunsten des Klägers ausfällt [3]; wird die Klage dennoch nochmals angestellt, so kann ihr der Verklagte regelmäßig die exceptio rei in iudicium deductae, wenn aber bereits ein Urtheil ergangen ist, die exc. rei iudicatae in ihrer sogenannten n e g a t i v e n F u n c t i o n entgegensetzen [4] (über die positive Function vgl. § 97 unter II. 2). Die processualische Consumtion ist theils durch Gewohnheitsrecht theils durch Kaisergesetze größtentheils beseitigt worden; so kann ein Verklagter, wenn der Kläger contumax ist, um absolutio ab instantia bitten [5]; mit Erlaubniß des Verklagten kann der Kläger die Klage zurückziehen [6]; die wegen verfrühter Klage herbeigeführte Abweisung des Klägers hat nicht mehr den Verlust einer neuen Klage zur Folge [7]; auch nach Belangung eines Correalschuldners resp. des Hauptschuldners kann der andere Correalschuldner resp. der Bürge belangt werden [8]. Nur noch in wenigen Ueberresten besteht die processualische Consumtion im heutigen Recht z. B. in dem (freilich bestrittenen, s. § 245 N. 25) Satze, daß, wenn von zwei Correalgläubigern der eine geklagt hat, der andere völlig ausgeschlossen ist [9]. — Die heut noch praktischen Wirkungen der Litiscontestation sind folgende:

I. W i r k u n g e n b e z ü g l i c h d e s F u n d a m e n t s d e r K l a g e. Es gelten folgende Regeln:

1) Das Klagfundament d. h. das Recht, worauf Kläger die Klage stützt, muß zur Zeit der Litiscontestation vorhanden sein; entsteht es erst im Laufe des Processes (sog. causa superveniens), so wird Kläger abgewiesen, er kann aber sein Recht in einem neuen Proceß verfolgen [10]. Nach Canonischem Recht [11] verhilft die causa superveniens in Einem Fall dem Kläger schon im gegenwärtigen Proceß zum Siege: nämlich dann, wenn er eine dingliche Klage angestellt hat, ohne darin seine Erwerbsart zu nennen; diese Ausnahme ist heut weggefallen, da nach der Reichscivilproceßordnung § 230 in der Klage der Grund des erhobenen Anspruchs angegeben werden muß.

---

[1] Quinctilian. inst. or. VII, 6, 1; decl. 266. — [2] Gai. 4, 108, 3, 180. — [3] Gai. 4, 123. — [4] Gai. 4, 106. — [5] l. 13. §§ 2. 5. C. de iud. 3, 1. — [6] l. 30. D. de iud. 5, 1. — [7] § 10. I. de exc. 4, 13; §§ 33. I. de act. 4, 6; l. 2. pr. C. de plus pet. 3, 10. — [8] l. 28. C. de fidej. 8, 41. — [9] l. 2. l. 16. D. de duob. reis 45, 2; l. 5. D. de fidej. 46, 1. — [10] l. 23. l. 35. D. de iud. 5, 1; l. 11. §§ 4. 5. D. de exc. r. j. 44, 2. — [11] c. 3 in VI. de sent. 2, 14.

2) Das Klagfundament muß auch zur Zeit des Urtheils vorhanden sein; geht es zwischen Litiscontestation und Urtheil verloren, so wird Kläger abgewiesen [12]. Dieser Satz ist sehr bestritten; auch scheint er in alter Zeit bei den stricti iuris actiones (§ 84 unter 5) nicht gegolten zu haben, da bei diesen nach der Meinung der Proculianer der Verklagte selbst dann verurtheilt wurde, wenn er vor Fällung des Urtheils den Kläger freiwillig befriedigte [13]; später aber wurde er als Regel anerkannt, und jene Meinung der Proculianer verworfen [14]; daher wird der Verklagte freigesprochen, wenn er sich nach der Litiscontestation mit dem Kläger (sei es auch außergerichtlich) vergleicht [15]; daher ist derjenige Erbe, welchem das Vermächtniß einer Sache unter einer Bedingung auferlegt ist, und welcher diese Sache von dem Diebe eingeklagt hat, dann abzuweisen, wenn nach der Litiscontestation die Bedingung des Vermächtnisses erfüllt wird [16]; daher ist die Vorschrift der lex Iulia et Papia, wonach der Freigelassene, welcher zwei von ihm gezeugte Kinder in der Gewalt hat, von seinen Versprechungen gegenüber dem Patron frei wird, selbst dann anzuwenden, wenn der Freigelassene, nachdem der Patron ihn belangt und mit ihm Lis contestirt hat, die Kinder in die Gewalt bekommt [17]. — Von der aufgestellten Regel gelten aber folgende Ausnahmen, welche durch die Dauer des Processes bedingt sind:

a. Die Ersitzung wird durch die Litiscontestation nach richtiger Meinung nicht unterbrochen (§ 146); ersitzt nun der Verklagte während des Processes die eingeklagte Sache, und geht dadurch dem Kläger das Fundament seiner Klage verloren, so wird der Verklagte trotzdem verurtheilt [18]; denn das Ersessene gehört zur omnis causa, welche der Verklagte herausgeben muß [19] (vergl. unter II a). Dasselbe gilt, wenn die eingeklagte Servitut nach der Litiscontestation durch Nonusus untergeht [20].

b. Geht die eingeklagte Sache durch Casus unter, so ist nach der herrschenden Meinung bei dinglichen Klagen zwischen dem unredlichen und redlichen Besitzer, bei persönlichen zwischen dem morosen und nicht morosen (§ 240) Schuldner zu unterscheiden; jener sei bei eintretendem Casus zu verurtheilen, dieser freizusprechen. Es muß aber vielmehr behauptet werden, daß die Behandlung des Casus unter den römischen Juristen bestritten war [21], und daß sich in der Justinianischen Codification eine Antinomie vorfindet; die Einen machten allerdings den von der herrschenden Meinung aufgestellten Unterschied [22], die Anderen wollten den Verklagten ohne Rücksicht auf Glauben und Mora stets dann verurtheilt wissen, wenn der Casus den Kläger nicht getroffen hätte, falls ihm die Sache zur Zeit der Litiscontestation gegeben worden wäre (z. B. wenn Kläger die Sache

---

[12] l. 64. D. de usufr. 7, 1; l. 7. § 7. D. ad exh. 10, 4; l. 13. pr. i. f. D. iud. solv. 46, 7. — [13] Gai. 4, 114; l. 84. D. de v. o. 45, 1. — [14] § 2. I. de perp. et temp. a. 7, 12; l. 5. D. de publ. 39, 4. — [15] l. 23. § 3. D. de c. i. 12, 6. — [16] l. 14. pr. D. de cond. furt. 13, 1. — [17] l. 37. § 6. D. de op. lib. 38, 1. — [18] ll. 18—21. D. de r. v. 6, 1; l. 2. § 21. D. pro emt. 41, 4; l. 2. D. pro her. 41, 5. — [19] § 3. I. de off. jud. 4, 17. l. 35. D. de v. s. 50, 16. — [20] l. 8. § 4. D. si serv. vind. 8, 5. — [21] l. 40. D. de h. p. 5, 3; l. 15. § 3. D. de r. v. 6, 1 (plerique ajunt . . .); l. 8. D. de re jud. 42, 1. — [22] l. 40. D. de h. p. 5, 3; l. 12. § 3. D. dep. 16, 3.

verkauft haben würde[23]); die letztere Meinung verdient den Vorzug: es ist einerseits unbillig, daß Kläger rein durch die Dauer des Processes um sein Recht gebracht werde, andererseits unbillig, daß er durch die Dauer des Processes einen Gewinn mache.

c. Ist das Klagrecht an eine bestimmte Person geknüpft und deshalb activ unvererblich (wie die sog. act. vindictam spirantes) oder passiv unvererblich (wie z. B. die Strafklagen), so wird durch die Litiscontestation der Charakter der Klage geändert (§ 267 Note 2); in Folge dessen vererbt sich der Proceß unbeschränkt auf die Nachfolger des Gläubigers resp. des Schuldners (§§ 82. 81).

d. Hat Jemand gegen einen Anderen einen Anspruch auf Herausgabe seiner Bereicherung (vgl. besonders § 280 sqq.), so ist für die Beurtheilung der Frage, ob der Andere bereichert sei oder nicht, die Zeit der Litiscontestation maßgebend[24].

e. Eine neue Ausnahme hat die Reichscivilproceßordnung § 236 eingeführt: die Veräußerung der im Streit befangenen Sache, die Cession des geltend gemachten Anspruchs hat keinen Einfluß auf den Proceß (s. noch unter IV); mithin darf Kläger nicht abgewiesen werden, wenn er während des Processes veräußert resp. cedirt hat. Eine Ausnahme hievon s. im § 238 der Reichscivilproceßordnung.

3. Von dem Klagfundament ist der Klageanlaß zu unterscheiden; bezüglich dieses ist nicht der Zeitpunkt der Litiscontestation, sondern der des Urtheils entscheidend; daher wird der mit der rei vindicatio Belangte dann verurtheilt, wenn er zwar nicht zur Zeit der Litiscontestation, wohl aber zu der des Urtheils die eingeklagte Sache besitzt[25], der mit der act. de peculio Belangte, wenn und soweit zur Zeit des Urtheils ein Peculium vorhanden ist[26], der mit der act. pigneraticia directa Belangte, wenn er zur Zeit des Urtheils wegen seiner Forderung befriedigt ist[27], der mit der act. mandati Belangte, wenn zur Zeit des Urtheils sich in Folge der Ausführung des Mandats etwas in seinen Händen befindet[28]. — Auch bei dem Anlaß zu Exceptionen gilt derselbe Grundsatz, daher kommt es bei der exc. divisionis auf den Vermögenszustand des Mitschuldners zur Zeit des Urtheils an, bei der Exceptio aus dem benef. competentiae auf den Vermögenszustand des Verklagten zur Zeit des Urtheils[29].

II. Wirkungen bezüglich des Umfangs der Verurtheilung. Es gelten folgende Grundsätze:

a. Der Verklagte muß außer dem Hauptgegenstand fortan noch die

---

[23] l. 15. § 3. D. de r. v. 6, 1; l. 14. § 1. D. dep. 16, 3; l. 14. § 11. D. quod met. 4, 2; l. 12. § 4. D. ad exh. 10, 4. — [24] l. 37. pr. § 1. D. de neg. gest. 3, 5; l. 20. D. quod met. 4, 2; l. 34. pr. D. de min. 4, 4; l. 7. pr. § 3. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 47. D. de sol. 46, 3. — [25] l. 27. § 1. l. 42. D. de r. v. 6, 1; l. 4. l. 18. § 1. l. 41. pr. D. de r. v. 6, 1; l. 30. pr. D. de pec. 15, 1; l. 1. § 21. D. dep. 16, 3; l. 7. §§ 4—6. l. 8. l. 11. § 3. D. ad exh. 10, 4. — [26] l. 30. pr. D. de pec. 15, 1; l. 7. § 15. D. qu. ex. c. in poss. 42, 4; l. 5. § 2. D. de lib. leg. 34, 3; l. 35. D. de fid. 46, 3. — [27] l. 9. §§ 3. 5. D. de pign. a. 13, 7. — [28] l. 17. D. mand. 17, 1. — [29] l. 15. pr. l. 53. D. sol. matr. 24, 3; l. 63. § 6. D. pro soc. 17, 2.

omnis causa herausgeben; dieselbe wird in den Quellen[30] allgemein definirt als omne, quod habiturus esset actor, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita (exhibita) fuisset; genauer wird sie als der Gewinn bezeichnet, welchen der Verklagte aus dem eingeklagten Hauptgegenstande gezogen hat[31], namentlich die gezogenen Früchte, das geborene Sklavenkind[32], die vollendete Ersitzung[33], der Ersatz, welchen er für die Beschädigung der eingeklagten Sache erlangte[34].

b. Der Verklagte steht fortan für dolus und culpa jeder Art (sowohl in faciendo als in non faciendo) und jeden Grades (sowohl für culpa lata als levis) ein und haftet namentlich für jede hierdurch herbeigeführte Vernichtung und Verschlechterung des eingeklagten Gegenstandes[35]. Deshalb haftet der Verklagte auch für versäumte Früchte (fructus percipiendi), falls der eingeklagte Gegenstand eine fruchttragende Sache ist[36]; denn in der Unterlassung der Ziehung natürlicher Früchte liegt jedenfalls eine Nachlässigkeit. Ob aber Derjenige, welcher auf Zahlung einer Geldsumme belangt worden ist, von der Litiscontestation an und trotzdem er nicht in Mora ist, auf Zinsen (sog. Proceßzinsen) hafte: das ist schon seit der Glossatorenzeit bestritten, und nach richtiger Meinung zu bejahen, denn sowohl im Princip[37] als in der Anwendung auf einzelne Fälle[38] bezeugen die Quellen die Gleichstellung der Zinsen (als juristischer Früchte) mit den natürlichen Früchten. —

Zwei Punkte sind besonders hervorzuheben: Einmal, daß bei angestellter hereditatis petitio nach dem sct. Iuvencianum (§ 432) die oben unter II dargestellten Grundsätze nicht erst von der Litiscontestation an Anwendung finden, sondern schon von dem Augenblicke an, wo dem Verklagten die Klage mitgetheilt (insinuirt) worden ist[39]. Sodann daß der redliche Besitzer bezüglich des Umfangs des Streitgegenstandes von der Litiscontestation an denselben Grundsätzen unterliegt wie der unredliche; die Quellen drücken dies einige Mal[40] ungenauer Weise so aus, daß mit der Mittheilung der Klage jeder Verklagte unredlich werde, während bloß soviel richtig ist, daß von der Mittheilung der Klage an der Verklagte das Bewußtsein hat, daß er möglicherweise den Proceß, folglich auch den Gegenstand des Processes verliere[41].

III. Wirkung bezüglich der Dauer der Klage. Durch die Litiscontestation wird nach classischem Recht die Verjährung der Klage unterbrochen; daß im nachclassischen und heutigen Recht diese Wirkung

---

[30] l. 20. D. de r. v. 6, 1; l. 31. pr. D. de r. c. 12, 1; l. 35. D. de v. s. 50, 16; § 3. I. de off. jud. 4, 17. — [31] l. 20. D. de r. v. 6, 1; l. 5. § 4. D. si ususfr. pet. 7, 6. — [32] l. 12. pr. D. quod met. 4, 2; l. 2. l. 38. § 7. D. de usur. 22, 1; l. 35. § 1. D. de r. v. 6, 1. — [33] § 3. I. de off. jud. 4, 17; l. 35. D. de v. s. 50, 16. — [34] l. 1. § 16. D. si quadr. 9, 1; cf. l. 37. l. 38. pr. D. de nox. act. 9, 4; l. 17. § 1. D. de r. v. 6, 1. — [35] l. 21. l. 33. l. 36. § 1. l. 45. D. de r. v. 6, 1. — [36] Paul. sent. rec. I. 13. B. § 9; l. 25. § 4. D. de h. p. 5, 3; § 2. I. de off. jud. 4, 17; l. 5. C. de r. v. 3, 32. — [37] l. 34. D. de usur. 22, 1. — [38] l. 20. § 11. l. 51. § 1. D. de h. p. 5, 3; l. 1. §. 1. C. eod. 3, 31; l. 1. l. 2. l. 4. C. de usur. 6, 47. — [39] l. 20. §§ 6. 11. l. 25. § 7. D. de h. p. 5, 3. — [40] l. 20. § 11. l. 25. § 7. l. 31. § 3. D. de h. p. 5, 3. — [41] l. 10. C. de a. p. 7, 32; l. 2. C. de fruct. 7, 51.

schon mit der Zustellung (Insinuation) der Klage an den Verklagten verknüpft ist, ward bereits früher bemerkt (§ 88).

IV. Wirkung bezüglich des Objects der Klage. Nach dem bisherigen Gemeinen Recht wurde das Klagobject streitig (litigiös) und, wenn das Eigenthum oder Miteigenthum einer körperlichen Sache, sowie wenn eine Forderung im Proceß befangen war, so durfte nach einer schon mit den zwölf Tafeln beginnenden und erst unter Justinian zum Abschluß gelangten Gesetzgebung eine Veräußerung nicht stattfinden [42]; den Zuwiderhandelnden traf eine Geldstrafe. Die Litigiosität begann im vorjustinianischen Recht überall mit der Litiscontestation [43], Justinian substituirte der Litiscontestation für den Fall eines Eigenthumsstreites die Insinuation der Klage an den Verklagten [44]. Gestattet war die Veräußerung behufs Bestellung einer Dos oder einer donatio propter nuptias, bei einer Erbtheilung, sowie die Hinterlassung eines Vermächtnisses [45]; ferner jede unfreiwillige Veräußerung [46]. Dieser Rechtszustand ist durch die Reichscivilproceßordnung § 236 völlig verändert worden; danach schließt die Rechtshängigkeit das Recht der einen oder anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu cediren; die Veräußerung oder Cession hat auf den Proceß keinen Einfluß; die Entscheidung ist jedoch in Ansehung der Sache selbst (nicht aber die Entscheidung über den Kostenpunkt) auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar.

V. Die Regeln unter I—III sind Vorschriften für den Richter; ihre Anwendung hängt zum großen Theil von seiner Redlichkeit und Einsicht, zum großen Theil auch von der Geschicklichkeit und Gründlichkeit der Parteien, welche Beweis und Gegenbeweis zu erbringen haben, ab. Welches aber auch immer der Ausgang des Processes (das Urtheil) sein mag, mögen darin die obgedachten Regeln zur Anwendung gebracht worden sein oder nicht: immer sind die Parteien verpflichtet, das Urtheil über sich ergehen zu lassen und es als maßgebend anzuerkennen. Diese Verpflichtung wird in den Quellen [47] mit den Worten: iudicio contrahitur ausgedrückt, und bezüglich des Verklagten wird in den Quellen aus der Litiscontestation eine obligatio condemnari oportere gefolgert [48] (§ 267). Da diese Verpflichtung nicht füglich aus dem Willen der Parteien abgeleitet werden kann (freilich wird auch dies von Einigen behauptet), so erklären einige Romanisten die Litiscontestation für etwas Vertragsähnliches, für einen sog. Quasicontract (§ 209 unter C).

Die Darstellung ergibt, daß, während im älteren Römischen Recht überall die obgedachten Wirkungen mit der Litiscontestation verknüpft waren, in der späteren, zum Theil sogar schon in der classischen Zeit der Litiscontestation die Mittheilung der Klage an den Verklagten substituirt wurde (vgl. Nr. II a. E. III. IV.). Weitergehend wollen neuere Juristen in

---

[42] l. 3. D. de litig. 44, 6; l. 9. D. fin. reg. 10, 1; l. 13. l. 26. § 6. D. fam. erc. 10, 2; Gai. 4, 117; fr. de jure fisci § 8; l. 3. l. 4. C. de lit. 8, 37; Nov. 112. c. 1. — [43] l. 13. D. fam. erc. 10, 2; l. 1. § 1. D. de lit. 44, 6; l. 2. l. 4. C. de lit. 8, 37. — [44] Nov. 112. c. 1. — [45] l. 4. C. de lit. 8, 37; Nov. 112. c. 1. — [46] l. 13. D. fam. erc. 10, 2. — [47] l. 3. § 11. D. de pec. 15, 1; l. 22. D. de tutelae 27, 3; Cic. de leg. III. 3, 6. — [48] Gai. 3, 180.

allen Beziehungen die Zustellung (Insinuation) der Klage an Stelle der Litiscontestation setzen. Die Zweckmäßigkeit dieser Ansicht vom gesetzgeberischen Standpunkt aus ist nicht zu bestreiten: es sollen die der Litiscontestation zu Gunsten des Klägers zukommenden Wirkungen nicht durch den seit der Zustellung der Klage ablaufenden und vielfach (namentlich durch Fristgesuche, durch die Einrede der Incompetenz) von der Willkür des Verklagten und dem Zufall abhängenden Zeitraum verkümmert werden. Daher hat jene Ansicht große Anerkennung in der Praxis gefunden, und die Reichscivilproceßordnung §§ 239. 230 hat sie zum Gesetz erhoben.

V. § 96. Der Beweis.

t. D. XXII, 3: de probationibus et praesumtionibus. — t. C. IV, 19: de probationibus. — Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. 2. Ausg. 1832. — Gerber, Beiträge zur Lehre von dem Klaggrunde und der Beweislast. 1858. — Langenbeck, die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. 3. Abth. 1858—1861. — Endemann, die Beweislehre des Civilprocesses. 1860. — Maxen, über Beweislast, Einreden und Exceptionen 1861. — Burckhard, die civilistischen Präsumtionen. 1866. — Vangerow, §§ 161—171.

Hat der Proceß begonnen, so hängt seine Entscheidung großentheils davon ab, daß der Richter sich von der Wahrheit der Behauptungen überzeugt, welche von der einen oder anderen Partei zur Rechtfertigung ihres Antrages aufgestellt worden sind. Dem Richter Gründe für das Wahrhalten einer im Proceß aufgestellten Behauptung verschaffen, heißt sie ihm beweisen; werden die Gründe nur zu dem Zweck herbeigeschafft, um eine Behauptung dem Richter wahrscheinlich zu machen, so spricht man von Bescheinigung oder Glaubhaftmachung (den letzteren Ausdruck allein braucht die Reichscivilproceßordnung). Die Lehre vom Beweise gehört nach zwei Seiten hin in das materielle Recht: nach der Seite des Beweissatzes und der Beweislast.

I. Der Beweissatz (sog. thema probandum). Zu beweisen sind Thatsachen, welche ungewiß und streitig sind.

1. Thatsachen. Rechtssätze brauchen nicht bewiesen zu werden; iura novit curia; aber in Fällen, in welchen die Kenntniß der Rechtssätze dem Richter nicht füglich zugemuthet werden kann (wie bei Gewohnheitsrecht und bei ausländischem Recht) kann der Richter die Partei, in deren Interesse es liegt, zu seiner Unterstützung aufrufen (§ 4 unter III; § 5 unter 2).

2. Ungewisse Thatsachen. Des Beweises nicht bedürftig sind die unbestreitbaren Thatsachen: sie sind gewiß. Unbestreitbar sind die im Mittelalter sog. notorischen Thatsachen[1] d. h. Thatsachen, welche bei dem Gericht offenkundig sind; ihr Leugnen würde nur auf eine Chicane oder grobe Unwissenheit zurückgeführt werden können[2]. Ferner diejenigen, welche durch Rechtsvorschrift für unbestreitbar erklärt worden sind, oder (wie man sich gewöhnlich ausdrückt) für welche eine sog. praesumtio iuris et de iure (sc. contrario probationem non admittens), eine unwiderlegbare

---

[1] c. 3. X. de test. 2, 21. Reichscivilproceßordnung § 264. — [2] c. 17. C. 2. qu. 1; c. 8. c. 10. X. de cohab. cler. 3, 2; c. 15. X. de purg. can. 5, 34; c. 24. X. d. v. s. 5, 40.

Rechtsvermuthung streitet. Solcher unwiderlegbarer Rechtsvermuthungen giebt es nur wenige: z. B. die Annahme, daß ein nach zehn Monaten von Auflösung der Ehe an geborenes Kind nicht von dem früheren Ehemanne gezeugt sei[3]; die (durch die Reichscivilproceßordnung beseitigte) Annahme auf Grund eines zwei Jahr alten Empfangscheines, daß der Empfang wirklich stattgefunden habe[4] (§ 23 Note 18. § 231); die nach der Reichsconcursordnung § 94 stattfindende Annahme, daß im Falle der Zahlungs**einstellung** eines Schuldners dessen Zahlungs**unfähigkeit** vorhanden sei. Häufiger sind die widerlegbaren Rechtsvermuthungen, sog. praesumtiones iuris d. h. Annahmen von der Wahrheit einer Thatsache in Folge einer Rechtsvorschrift, welche zugleich die Entkräftung der Annahme durch Gegenbeweis zuläßt; so das **Bestehen** eines Rechts, dessen **Entstehung** bewiesen ist[5], das Vorhandensein der **allgemeinen** Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts (z. B. der Handlungsfähigkeit der handelnden Personen[6]), das Vorhandensein der bona fides[7], die Regel: pater est quem nuptiae demonstrant[8] u. dgl. m.[9]. Streitig ist, ob die Unbedingtheit eines Geschäfts zu präsumiren sei; die Frage ist schlecht gefaßt; es ist zwischen der Suspensiv- und Resolutivbedingung zu unterscheiden; behauptet der Verklagte, das vom Kläger bezeichnete Rechtsgeschäft unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen zu haben, so leugnet er, daß das daraus abgeleitete Rechtsverhältniß jetzt besteht, und Kläger muß nachweisen, daß das Rechtsgeschäft so, wie er es behauptet, d. h. unbedingt abgeschlossen worden ist; behauptet der Verklagte eine Resolutivbedingung, so liegt ihm deren Beweis ob, da er den einstmaligen Bestand des Rechtsverhältnisses zugiebt und nur dessen Wiederaufhebung behauptet. — Von den bisher dargestellten Präsumtionsarten sind die sog. praesumtiones hominis seu facti durchaus zu trennen; dies sind bloße Indicien d. h. Umstände, welche eine Thatsache bloß wahrscheinlich (glaubhaft) machen, zu ihrem Beweise aber nicht genügend sind[10]; derartig ist z. B. die cautio indiscreta (§ 231).

3. **Streitige Thatsachen.** Unstreitige Thatsachen d. h. diejenigen, welche unter den Parteien nicht bestritten sind, bedürfen keines Beweises; unstreitig wird eine Thatsache durch Zugeständniß einer Partei an die Gegenpartei im Proceß; zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich[10a]. Davon zu unterscheiden ist das im Proceß erfolgende Zugeständniß des Verklagten, wodurch er den vom Kläger geltend gemachten **Anspruch** anerkennt; darüber vgl. § 98.

II. **Beweislast (sog. onus probandi).** Diejenige Partei, welche eine beweisbedürftige Behauptung aufstellt, muß sie beweisen[11]: der Kläger die Behauptungen, auf welche er die Klage stützt[12], der Verklagte

---

[3] l. 3. § 11. D. de suis 38, 16. — [4] l. 14. C. de non num. pec. 4, 30. — [5] l. 12. l. 22. l. 25. § 2. D. h. t. 22, 3; l. 12. l. 16. C. h. t. 4, 19. — [6] l. 5. C. de cod. 6, 36; l. 5. l. 9. l. 17. D. h. t. 22, 3; l. 5. C. h. t. 4, 19. — [7] l. 18. § 1. D. h. t. 22, 3; l. 30. C. de ev. 8, 41. — [8] l. 5. D. de in jus voc. 2, 4; l. 12. D. de stat. hom. 1, 5. — [9] l. 9. §§ 1. 4. l. 22. l. 23. D. de reb. dub. 34, 5; l. 26. pr. D. de pact. dot. 23, 4. — [10] l. 10. l. 17. l. 22. C. h. t. 4, 19. — [10a] Reichscivilproceßordnung §§ 261—263. — [11] l. 2. D. h. t. 22, 3. — [12] l. 2. l. 21. D. h. t. 22, 3; l. 15. D. de o. n. n. 39, 1; l. 2, l. 8. l. 15. l. 20. l. 23. C. h. t. 4, 19; l. 4. C. de ed. 2, 1.

diejenigen, auf welche er die Einrede (im heutigen civilprocessualischen Sinne, § 92 Note 5) stützt[13]; weiter dann der Kläger die Replik, der Verklagte die Duplik u. s. f. Die Quellen drücken dies so aus: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat[14]; daraus hat man früher die Behauptung abgeleitet, daß negative Thatsachen nicht von dem Behauptenden bewiesen zu werden brauchen, sondern nur positive (affirmanti incumbit probatio); man ist heut einig, daß diese Ansicht unrichtig ist[15], es muß daher z. B. ein Ehemann, welcher die Legitimität eines von seiner Ehefrau geborenen Kindes anficht, nachweisen, daß er das Kind nicht gezeugt haben könne (§ 23 N. 19).

VI. Das Urtheil.

t. D. XLII, 1: de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus. — t. C. VII, 52: de re iudicata. — t. C. VII, 45: de sententiis et interlocutionibus. — Vgl. die Literat. zu § 94; dazu noch: Endemann, das Princip der Rechtskraft. 1860. — Rümelin, z. L. v. d. exc. rei iud. 1875.

A. § 97. Die Rechtskraft des Urtheils.

Savigny, §§ 280—301 u. Beilage 16. 17. — Vangerow, §§ 172. 173.

I. Begriff und Grund der Rechtskraft. Beendigt wird der Proceß durch das Urtheil; es kann verurtheilend (condemnatorisch) oder freisprechend (absolutorisch) sein[1]. Wie es auch ausgefallen sei: es geht, falls es durch ordentliche Rechtsmittel nicht mehr angegriffen werden kann, in Rechtskraft über, d. h. es ist für die Parteien unbedingt maßgebend, es begründet (wie man sich gewöhnlich ausdrückt) formelles Recht unter den Parteien[2]: res iudicata pro veritate accipitur[3]. Der materielle Grund hievon liegt darin, daß, was von unparteiischen Männern nach gründlicher Untersuchung festgestellt worden ist, anerkannt zu werden verdient: es ist nunmehr der vom Kläger eingeklagte Anspruch, je nachdem das Urtheil condemnatorisch oder absolutorisch war, in einer liquiden Gestalt resp. in seiner Nichtigkeit dargestellt. Der formelle Grund liegt in der durch die Litiscontestation begründeten, auf condemnari oportere gerichteten Obligation (iudicio contrahitur, § 95 unter V); an deren Stelle tritt, falls das Urtheil condemnatorisch ist, die iudicati obligatio, gerichtet auf iudicatum solvi[4]; falls es freisprechend ist, kehrt der Verklagte in seine ursprüngliche Freiheit zurück. — Freilich läßt sich nicht leugnen, daß das richterliche Urtheil zuweilen, sei es wegen bösen Willens oder wegen Einsichtslosigkeit des Richters, sei es wegen Ungründlichkeit oder Ungeschick oder bösen Willens der Parteien (z. B. die eine Partei besticht Zeugen oder fälscht Urkunden oder leistet einen Meineid), sei es wegen Zufälligkeiten (z. B. wegen des Todes von Zeugen, wegen des Verlustes von Urkunden) un-

---

[13] l. 9. l. 19. pr. l. 25. § 2. D. h. t. 22, 3; l. 1. D. de exc. 44, 1; l. 19. C. h. t. 4, 19. — [14] l. 2. D. h. t. 22, 3. — [15] l. 25. pr. D. h. t. 22, 3; l. 5. C. de cod. 6, 36.

[1] l. 1. D. h. t. 42, 1. — [2] l. 25. D. de stat. hom. 1, 5; l. 1. § 16. l. 3. pr. D. de agn. 25, 3; l. 65. § 2. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 12. § 3. D. de bon. lib. 38, 2; l. 6. D. de exc. r. j. 44, 2. — [3] l. 207. D. de r. j. 50, 17. — [4] l. 4. § 7. D. h. t. 42, 1; l. 8. § 3. D. de nov. 46, 2; l. 3. § 11. D. de pec. 15, 1.

richtig ist, und es existiren einige Rechtsmittel (die Beschwerde über unheilbare Nichtigkeit, die Restitution, nach der Reichscivilproceßordnung § 541 ff. die sog. Wiederaufnahme des Verfahrens durch Nichtigkeitsklage oder durch Restitutionsklage), um die Aufhebung von rechtskräftigen Erkenntnissen herbeizuführen. Wohlberechtigt erscheint daher die Frage, ob, wenn durch unrichtiges Urtheil ein Kläger mit einer Forderung abgewiesen worden ist, diese nicht wenigstens als eine klaglose (Naturalobligation, § 230) fortdauere. Für die Verneinung scheint der Umstand zu sprechen, daß das für die abgesprochene Forderung bestellte Pfand aufgehoben wird[5]; allein dies findet sich auch bei anderen Obligationen, welche kraft positiver Rechtsvorschrift klaglos sind (bei dem Darlehn des Hauskindes[6]); andererseits wird der zu Unrecht freigesprochene Verklagte in den Quellen[7] ausdrücklich natura debitor genannt, auch kann derselbe das freiwillig Gezahlte nicht zurückfordern[8]; man muß demnach das Uebrigbleiben einer Naturalobligation bejahen; andere Wirkungen als die soluti retentio dürfen freilich dieser Naturalobligation nicht beigelegt werden, da sonst die wohlthuenden Wirkungen der Rechtskraft des Urtheils allzusehr geschmälert würden.

II. Mittel zur Geltendmachung der Rechtskraft des Urtheils. Die Rechtskraft des Urtheils wird in doppelter Weise geltend gemacht: mit der actio iudicati und der exceptio rei iudicatae.

1. Die actio iudicati. Falls das Urtheil condemnatorisch ist, kann der Kläger seine Ausführung (Execution) verlangen, damit die obligatio iudicatum solvi erfüllt werde; die act. iudicati ist die dieser Obligation entsprechende Klage; sind wurde bisher in der Regel in der Form eines einfachen Antrages (Executionsgesuch) angebracht; nach der Reichscivilproceßordnung § 662 besteht sie in dem Gesuch auf Ertheilung einer mit der Vollstreckungsclausel versehenen Ausfertigung des Urtheils; sie konnte nach Justinianischem Recht bei Urtheilen, die auf eine Geldleistung lauten, erst nach vier Monaten angestellt werden, innerhalb welcher die Zinspflicht ruhen, nach deren Ablauf hingegen die Urtheilssumme mit 12 Procent verzinst werden mußte[9]; in der Praxis wurde jedoch diese Urtheilsfrist nicht befolgt, und das Einführungsgesetz zur Reichscivilproceßordnung § 14 Z. 4 hat sie ausdrücklich aufgehoben.

2. Die exceptio rei iudicatae[10]. Mag das Urtheil condemnatorisch oder absolutorisch sein, so soll kein Proceß mehr stattfinden, in welchem derselbe Anspruch unter denselben Parteien verhandelt würde; zu diesem Behufe ist die exc. rei iudicatae eingeführt: exceptio rei iudicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur[11]. Denn wenn das Urtheil condemnatorisch ist, so ist der Kläger durch die actio iudicati genügend geschützt und der Verklagte würde durch einen neuen Proceß der Unbequemlichkeit eines nochmaligen Verhandelns unterworfen werden. Wenn das Urtheil absolutorisch ist, so würde es durch einen neuen Proceß in Frage gestellt werden; die exc. rei iudicatae

[5] l. 13. D. qu. m. pign. solv. 20, 6. — [6] l. 2. D. quae res pign. 20, 3. — [7] l. 60. D. de c. i. 12, 6. — [8] l. 28. D. de c. i. 12, 6. — [9] l. 1. l. 2. l. 3. C. de us. r. j. 7, 54; l. 13. C. de usur. 4, 32. — [10] t. D. 44, 2: de exceptione rei iudicatae. — [11] l. 3. l. 7. § 4. D. h. t. 44, 2; l. 19. l. 22. l. 30. § 1. D. eod.

soll es aufrechterhalten, und man sagt deshalb in neuerer Zeit, daß sie hier in positiver Function auftrete. Der Unterschied zwischen der positiven und der negativen (§ 95 i. A.) Function der exc. rei iudicatae ist folgender: Mittels der letzteren wird eine zweite Klage deshalb zurückgewiesen, weil sie bereits einmal angestellt war; ein neues Urtel soll nicht gefällt werden, nicht etwa, weil zu befürchten ist, daß das neue Urtheil dem früher ergangenen widersprechen möchte, sondern weil nach classischem Recht jeder Anspruch bloß einmal eingeklagt werden darf. Mit der exc. rei iudicatae in ihrer positiven Function wird eine zweite Klage deshalb zurückgewiesen, weil befürchtet wird, daß ein neues Urtheil dem früher ergangenen widersprechen möchte, daß also über denselben Anspruch unter denselben Parteien etwas Anderes als in dem früheren Urtheil festgesetzt würde, und daß mithin die Rechtskraft des früheren Urtheils einen Abbruch erlitte. — Es bedarf einer genaueren Untersuchung darüber, wann in einem neuen Proceß derselbe Anspruch unter denselben Parteien (eadem quaestio inter easdem personas) wiederkehrt, wann Identität des Anspruchs und der Proceßparteien vorliegt.

a. Die Identität des Anspruchs hängt ab: α) von dem eingeklagten Gegenstande, β) von dem an dem eingeklagten Gegenstande geltend gemachten Recht, γ) von dem Grunde, auf welchen das geltend gemachte Recht gestützt wird.

ad α. Wird im neuen Processe ein anderer Gegenstand eingeklagt als in dem früheren, so ist auch der Anspruch ein anderer. Derselbe Gegenstand ist vorhanden, wenn zuerst ein Ganzes, später ein Theil des Ganzen eingeklagt wird[12], es sei denn, daß der Theil ein selbständiges juristisches Dasein hat (wie z. B. die Materialien eines Hauses[13], § 129); wenn umgekehrt zuerst ein Theil des Ganzen, später das Ganze selbst eingeklagt wird, so ist bezüglich der früher nicht eingeklagten Theile ein anderer Gegenstand vorhanden; zwar ist dies bestritten, allein es folgt aus der Entscheidung der Quellen, daß wer Zinsen für einen bestimmten Zeitraum eingeklagt hat und damit zurückgewiesen worden ist, noch die Zinsen für einen anderen Zeitraum einklagen kann[14]. Derselbe Gegenstand ist ferner vorhanden, wenn zwei Ansprüche in dem Verhältniß zu einander stehen, daß der eine die Voraussetzung des anderen ist, und jener in einem früheren Processe abgesprochen wurde; ist daher die Capitalforderung aberkannt worden, so ist später eine Klage auf Zinsen, auf das Pfand unzulässig[15] u. dgl. m.[16]. Wird umgekehrt zuerst dasjenige Recht, welches die Folge eines anderen ist, aberkannt, und im späteren Proceß dasjenige Recht, welches die Voraussetzung des aberkannten ist, eingeklagt, so ist ein anderer Gegenstand vorhanden[17], — was Viele mit Unrecht bestreiten (vgl. III).

---

[12] l. 7. pr. D. h. t. 44, 2; l. 3. l. 7. §§ 4. 5. l. 21. §§ 1. 3. D. h. t. 44, 2; l. 22. § 8. D. r. r. 46, 8. — [13] l. 7. § 2. D. h. t. 44, 2. — [14] l. 23. i. f. D. h. t. 44, 2; l. 1. C. de jud. 3, 1. — [15] l. 13. D. qu. m. pign. 20, 6. — [16] l. 8. l. 11. § 3. D. h. t. 44, 2; l. 1. § 1. l. 25. § 8. D. f. e. 10, 2; l. 18. D. de exc. 44, 1; l. 26. § 1. D. de exc. 44, 1; cf. l. 7. § 3. D. eod.; l. 11. § 10. l. 16. D. h. t. 44, 1; l. 3. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 7. D. de agn. 25, 3. — [17] l. 1. C. de ord. jud. 3, 8; l. 3. C. de jud. 3, 1; l. 17. D. de exc. 44, 1; l. 23. D. h. t. 44, 2; l. 5. § 8. 9, 18. D. de agn. lib. 25, 3; l. 10. D. de his qui sui 1, 6.

ad β. Nicht identisch ist der Anspruch, wenn im früheren Processe das Eigenthum, im späteren der Besitz einer Sache oder eine Forderung auf dieselbe eingeklagt wird[18], wenn im früheren Processe die serv. itineris, im späteren die serv. actus geltend gemacht wird[19]. Wohl aber ist der Anspruch identisch, wenn derselbe Gegenstand mit einer anderen Klage eingefordert wird; wer also einen bestimmten Fehler einer gekauften Sache mit der act. quanti minoris geltend gemacht hat, kann ihn nicht später mit der act. redhibitoria nochmals geltend machen und umgekehrt[20]. Auch der Fall gehört hieher, daß Derjenige, welchem das Eigenthum oder das Erbrecht zugesprochen worden ist, von dem bisherigen Verklagten mit der rei vindicatio resp. hereditatis petitio belangt wird: der Anspruch ist in beiden Processen identisch, denn indem das Eigenthum resp. das Erbrecht dem früheren Kläger zugesprochen ward, ward es dem früheren Verklagten abgesprochen[21].

ad γ. Bezüglich des Grundes, auf welchen das geltend gemachte Recht gestützt wird, müssen obligatorische und dingliche Rechte unterschieden werden. Obligatorische Rechte erlangen erst durch ihren Entstehungsgrund ihre Bestimmtheit (man kann dieselbe Sache aus Kauf, Schenkungsversprechen, Vermächtniß, also mehrfach zu fordern haben), und daher muß (abgesehen von der condictio, § 84) in der Klage der Entstehungsgrund der Forderung angegeben werden; wer damit abgewiesen wird, kann noch immer in einem neuen Proceß denselben Gegenstand aus einem anderen Entstehungsgrund einklagen[22]. Dingliche Rechte hingegen sind an sich bestimmt, und die Erwerbsart (Tradition, Usucapion u. dgl.) hat keinen Einfluß auf ihre Individualität; daher wurde bis in die spätere classische Zeit hinein die Erwerbsart in der Klage nicht genannt, und der einmal Abgewiesene konnte das dingliche Recht nicht wieder einklagen[23], es sei denn, daß er es nach der Litiscontestation neu erworben hatte (dies ist der Fall der sog. causa superveniens[24]); in der späteren classischen Zeit ward es aber auch bei der Einklagung dinglicher Rechte zulässig, in der Klage eine bestimmte Erwerbsart anzugeben (causa expressa agere), und seitdem kann in diesem Falle in einem neuen Proceß das dingliche Recht auf Grund einer anderen Erwerbsart eingeklagt werden[25]. Nach der Reichscivilproceßordnung § 230 muß bei allen Klagen der Grund des erhobenen Anspruchs sofort angegeben werden; danach muß die dingliche Klage stets mit causa expressa angestellt werden.

b. Die Identität der Personen (Proceßparteien) ist die zweite Voraussetzung der exc. rei iudicatae, daher das Rechtssprichwort der Neueren: res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet[26]. Als identisch mit einer Partei gilt nicht nur der Universalsuccessor (was selbst-

[18] l. 14. § 3. l. 31. D. h. t. 44, 2. — [19] l. 11. § 6. D. h. t. 44, 2. — [20] l. 25. § 1. D. h. t. 44, 2. — [21] l. 40. § 2. D. de proc. 3, 3; l. 15. l. 30. § 1. D. h. t. 44, 2. — [22] l. 14. § 2. D. h. t. 44, 2; l. 18. D. de o. et a. 44, 7; l. 93. § 1. D. de leg. 3. (32). — [23] l. 14. § 2. l. 11. §§ 1. 5. l. 30. pr. D. h. t. 44, 2; l. 3. § 4. D. de a. p. 41, 2; l. 159. D. de r. j. 50, 17. — [24] l. 11. §§ 4. 5. l. 25. pr. D. h. t. 44, 2; l. 10. D. de exc. 44, 1; l. 25. § 1. l. 42. D. de lib. caus. 40, 12. — [25] l. 11. § 2. l. 14. § 2. D. h. t. 44, 2. — [26] l. 2. C. quib. res jud. 7, 56.

verständlich ist) sondern auch der Singularsuccessor und überhaupt Derjenige, welcher von einer Partei sein Recht ableitet, vorausgesetzt daß es ihm erst nach dem Beginn des Processes (nach der Litiscontestation) bestellt worden ist[27]. — Bei Prädialservituten gelten, wenn ein Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks einen Proceß über die Servitut geführt hat, die anderen Miteigenthümer mit ihm identisch, mag das Urtheil günstig oder ungünstig ausgefallen sein[28]; das Gleiche gilt, wenn ein Miteigenthümer des dienenden Grundstücks den Proceß geführt hat[29]. — Bei Correalobligationen gelten, wenn ein Correalschuldner einen günstig ausgefallenen Proceß über die Obligation selbst geführt hat, die anderen Correalschuldner mit ihm identisch[30]. — Ist durch ein Urtheil zwischen dem Intestat- und dem Testamentserben das Testament für ungiltig resp. für giltig erklärt worden, so gilt das Urtheil auch für und gegen die Legatare[31] und die Erbschaftsgläubiger[32]. — Ist über den Status einer Person mit einer Person, die daran ein Interesse hatte, ein Proceß geführt worden, so gilt das Urtheil in der Regel gegen jeden; so namentlich das Urtheil über Vaterschaft und Kindschaft[33]; nur derjenige Dritte ist hieran nicht gebunden, dem durch jenes Urtheil ein Recht aberkannt wird, z. B. Derjenige, welcher für sich selbst die Vaterschaft in Anspruch nimmt[34].

III. Bestimmungen der Reichscivilproceßordnung. Die oben unter II. 2 N. 14 und 17 entwickelten Grundsätze sind nicht allgemein anerkannt; eine weit verbreitete Meinung nimmt nämlich an, daß nicht bloß die Entscheidung des Richters, sondern auch die Entscheidungsgründe in Rechtskraft übergehen; darnach steht die exc. rei iud. entgegen, wenn der jetzt eingeklagte Anspruch in einem früheren Proceß als Voraussetzung des damals eingeklagten Anspruchs oder als Einrede gegen denselben verhandelt und in dieser Eigenschaft verworfen worden ist; ferner wenn im gegenwärtigen Proceß Thatsachen geltend gemacht werden, welche in einem früheren Proceß nach einer andern Richtung geltend gemacht und für unrichtig erklärt worden sind. Nach dieser Meinung würde, wenn in einem früheren Proceß dem Kläger eine Prädialservitut wegen mangelnden Eigenthums am herrschenden Grundstück oder ein Zinsanspruch wegen mangelnder Capitalsforderung abgesprochen worden ist, der Kläger nicht mehr in einem späteren Proceß das Eigenthum am Grundstücke resp. die Capitalsforderung einklagen können; ferner würde, wenn in einem früheren Proceß die Compensationseinrede wegen Nichtbestehens der Gegenforderung verworfen worden ist, die Gegenforderung nicht mehr in einem

[27] l. 9. § 2. l. 11. §§ 3. 9. 10. l. 28. l. 29. § 1 D. h. t. 44, 2; l. 3. D. de pign. 20, 1; l. 25. § 8. D. f. e. 10, 2; cf. l. 63. D. de re iud. 42, 1. — [28] l. 4. § 3. l. 6. § 4. l. 15. D. si serv. v. 8, 5; l. 31. § 7. D. de neg. gest. 3, 5. — [29] l. 4. § 4. D. si serv. 8, 5. — [30] cf. l. 28. § 3. l. 42. § 3. D. de jurej. 12, 2. — [31] l. 3. pr. D. de pign. 20, 1; l. 8. § 16. l. 17. § 1. D. de inoff. 5, 2; l. 50. § 1. D. de leg. 1. (30); l. 14. D. de app. 49, 1; l. 50. § 1. D. de leg. 1. (30). — [32] l. 50. § 1. i. f. D. de leg. 1. (30); l. 12. § 1. C. de h. p. 3, 31; cf. l. 14. D. de transact. 2, 15; cf. l. 14. D. de app. 49, 1. — [33] l. 1. § 16. l. 2. D. de agn. 25, 3; l. 1. § 4. D. de lib. c. 40, 12; cf. l. 25. D. de stat. hom. 1, 5; l. 42. pr. D. de nox. a. 9, 4; l. 14. D. de jure patr. 37, 14; l. 5. C. de ord. cogn. 7, 19; l. 6. § 1. D. de inoff. 5, 2. — [34] l. 1. l. 5. D. si ing. dic. 40, 14; l. 9. pr. l. 42. D. de lib. c. 40, 12.

späteren Proceß eingeklagt werden können, auch wenn im früheren Proceß nur ein Theil der Forderung zur Compensation gestellt war; endlich würde, wenn in einem früheren Proceß der Kläger mit einer Alimentenforderung wegen mangelnder Verwandtschaft abgewiesen worden ist, der Kläger nicht mehr in einem späteren Proceß die Verwandtschaft zum Zweck der Geltendmachung eines Erbrechts vorbringen können. Gegen diese (in diesem Lehrbuch verworfene) Meinung ist die Bestimmung der Reichscivilproceßordnung § 293 gerichtet; danach sind Urtheile der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage erhobenen Anspruch (im sog. Tenor des Urtheils) entschieden ist; Entscheidungsgründe gehen also nicht in Rechtskraft über; die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer zur Compensation gestellten Gegenforderung geht zwar in Rechtskraft über, auch wenn sie nicht im Tenor des Urtheils ausgesprochen ist, aber auch diese nur bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem der Verklagte compensiren zu wollen erklärt hat.

B. Surrogate des Urtheils.

1) § 98. Das gerichtliche Geständniß.

tt. D. XLII, 2; C. VII, 59: de confessis. — Savigny, §§ 303—308. — Vangerow, § 165.

Das Urtheil wird überflüssig, wenn der Verklagte den eingeklagten Anspruch gerichtlich (in classischer Zeit in iure, d. h. vor dem Magistrat, in nachclassischer und heutiger in iudicio) zugesteht. Das Zugeständniß (confessio in iure selbst in der Justinianischen Codification oft genannt) begründet formelle Wahrheit unter den Parteien: confessus pro iudicato est[1]. In der Praxis wurde trotz des Zugeständnisses eine Verurtheilung durch den Richter (die sog. Agnitoria) ausgesprochen, nach der Reichscivilproceßordnung § 278 wird sie nur dann ausgesprochen, wenn der Kläger es beantragt.

2) § 99. Der Eid.

t. D. XII, 2: de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. — t. C. IV, 1: de rebus creditis et iureiurando. — Strippelmann, der Gerichtseid. 3. Abth. 1855—57. — Savigny, §§ 309—314. — Vangerow, §§ 168—170. 671.

Nach Römischem Recht wurde das Urtheil überflüssig, wenn der Verklagte auf Verlangen des Klägers (iusiurandum in iure delatum, in späterer Zeit in iudicio) den eingeklagten Anspruch eidlich (durch den sog. assertorischen Eid) ableugnete, oder wenn umgekehrt der Kläger ihn auf Verlangen des Verklagten eidlich feststellte. Der Relat mußte schwören[1] (daher iusiurandum necessarium bei den Römern genannt). — Auch außergerichtlich konnte zufolge Vertrages zweier streitender Personen ein solcher Eid geleistet werden[2]; er hieß, weil er auf einem Vertrage basirte[3], iusiurandum voluntarium. Der abgeleistete Eid begründete formelle

---

[1] l. 1. l. 3. l. 6. §. 2. D. h. t. 42, 2; l. 56. D. de r. j. 42, 1; l. un. C. h. t. 7, 54; l. 4. C. de rep. h. her. 6, 31.

[1] l. 34. § 6. l. 38. D. h. t. 12, 2. — [2] l. 7. sqq. D. h. t. 12, 2. — [3] l. 5. § 4. D. h. t. 12, 2.

Wahrheit unter den Parteien[4]. Heutzutage kann nach der Praxis sowie nach der Reichscivilproceßordnung § 410 der Eid nicht über Rechte, sondern nur über Thatsachen geschworen werden, daher ist er nicht mehr Surrogat des Urtheils. Auch haben die Bezeichnungen: iusiurandum necessarium und voluntarium im heutigen Civilproceß einen anderen Sinn erhalten.

3) § 100. Der schiedsrichterliche Ausspruch.

t. D. IV, 8: de receptis, qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant. — t. C. II, 56: de receptis arbitris. — André, gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte. 1860. — Vangerow, § 670.

Soll ein streitiges Recht einem schiedsrichterlichem Verfahren unterworfen werden, so müssen zwei Verträge abgeschlossen werden: 1) ein Vertrag unter den streitenden Parteien, worin sie sich verpflichten, ihren Streit durch eine oder mehrere Personen (arbitri, Schiedsrichter) entscheiden zu lassen (compromissum); 2) ein Vertrag der streitenden Parteien mit derjenigen Person, welche als Schiedsrichter fungiren soll, worin die letztere das Amt eines Schiedsrichters übernimmt (receptum scil. arbitrium).

Ad 1. Bei den Römern war es fast[1] allgemein beobachtete Sitte, daß der Schiedsvertrag unter den Parteien formlos (durch bloßes pactum) abgeschlossen, und für den Fall seiner Verletzung eine Conventionalstrafe mittels Stipulation beiderseits verabredet wurde[2] (poena compromissa, daher der Vertrag selbst compromissum hieß). Demnach hatte das Urtheil des Schiedsrichters (arbitrium, im Mittelalter laudum) nicht die Kraft eines öffentlichen Urtheils, es entsprang aus demselben weder eine Klage behufs Ausführung des Urtheils noch eine Exceptio, es konnte die Streitsache noch immer vor den ordentlichen Richter gebracht werden, aber derjenige, welcher dem Compromiß nicht nachkam, mußte die versprochene Strafe entrichten[3]; erst Justinian verlieh dem schiedsrichterlichen Urtheil in einigen Fällen die Klagbarkeit[4], nämlich wenn die Parteien das Compromiß schriftlich abschließen und eidlich bestärken, sowie wenn sie den gefällten Schiedsspruch schriftlich anerkennen oder zehn Tage nach seiner Fällung nicht anfechten. Heutzutage wohnt dem schiedsrichterlichen Urtheil die Klagbarkeit stets bei, daher ist es heut Surrogat des gerichtlichen Urtheils. — Vorausgesetzt wird, daß das Laudum den Streit bestimmt und vollständig entscheidet[5], daß es nicht auf etwas Unerlaubtes geht[6], daß es nicht offenbar parteiisch ist[7] (— daß hingegen die geltenden Rechtsvorschriften vom Schiedsrichter beobachtet seien, ist kein Erforderniß der Giltigkeit des Laudum[8] —), daß es in Gegenwart der Parteien publicirt ist[9], endlich daß es im Falle der Mehrheit der Schiedsrichter

---

[4] l. 5. § 2. l. 9. § 1. l. 28. § 10. l. 29. l. 30. pr. D. h. t. 12, 2; l. 1. C. h. t. 4, 1; l. 1. pr. D. quar. rer. act. 44, 5.

[1] Andere Formen s. l. 11. §§ 2. 3. l. 13. § 1. l. 27. § 7. D. h. t. 4, 8; l. 4. C. h. t. 2, 56. — [2] l. 2. l. 11. l. 13. l. 28. D. h. t. 4, 8; l. 1. C. h. t. 2, 56. — [3] l. 2. l. 30. D. h. t. 4, 8; l. 1. C. h. t. 2, 56; Nov. 82. c. 11. — [4] l. 4. l. 5. C. h. t. 2, 56. — [5] l. 19. § 1. l. 21. § 3. l. 32. §§ 16. 17. D. h. t. 4, 8. — [6] l. 21. § 7. D. h. t. 4, 8. — [7] l. 3. C. h. t. 2, 56. — [8] l. 27. § 2. D. h. t. 4, 8; l. 1. C. h. t. 2, 56. — [9] l. 27. §§ 4. 5. D. h. t. 4, 8.

mit Stimmenmehrheit gefällt ist; bei Stimmengleichheit entscheidet ein von den Schiedsrichtern zu erwählender Obmann[10]. — Das Compromiß ist von Anfang an ungiltig, wenn es auf einen unfähigen Schiedsrichter gerichtet ist: auf Geisteskranke oder auf eine der Parteien[11]; nach Römischem Recht sind auch Frauen, Taube, Stumme, Personen unter 20 Jahren unfähig; nach der Reichscivilproceßordnung § 858 sind sie nicht unfähig, können aber abgelehnt werden[11a]. Das Compromiß wird ungiltig, wenn eine der Parteien stirbt, wahnsinnig wird, in Concurs geräth[12], wenn der Schiedsrichter stirbt oder wegen Krankheit, Alters sein Amt niederlegt[13], wenn eine der Parteien wegen Feindschaft mit dem Schiedsrichter oder wegen Dolus des Schiedsrichters oder der Gegenpartei vom Compromiß zurücktritt[14].

Ad 2. Das Amt eines Schiedsrichters ist Niemand zu übernehmen verpflichtet; hat es aber Jemand übernommen, so wird er von der Obrigkeit durch Geldstrafen zur Wahrnehmung des Amtes angehalten[15], es sei denn, daß er einen gerechten Grund zur Niederlegung des Amtes hat, wie Krankheit, Alter, Beleidigung durch die Parteien u. dgl.[16].

Ueber das schiedsrichterliche Verfahren trifft die Reichscivilproceßordnung §§ 851—872 genaue Verordnung.

4) § 101. Der Vergleich.

tt. D. II, 15; C. II, 4: de transactionibus. — Risch, der Vergleich nach Gemeinem Recht. 1855. — Vangerow, §§ 668. 669.

Der Vergleich (transactio) ist ein Vertrag, in welchem zwei Parteien eine ein Recht betreffende Ungewißheit auf dem Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigen. — Das Recht kann ein dingliches, persönliches, familienrechtliches sein[1]; viele behaupten, es könne ein Vergleich nicht über Rechte aus einem noch nicht eröffneten Testamente abgeschlossen werden; indeß besagen die Quellenzeugnisse[2], auf welche diese Meinung gestützt wird, nur, daß, wer ein Testament nicht gelesen, nicht leicht über seine Rechte aus demselben einen Vergleich abschließen wird. — Immer muß das Recht ein ungewisses sein[3], daher ist über die Rechte aus einem rechtskräftigen richterlichen Urtheil, dessen Fällung und Inhalt unter den Parteien unbestritten ist, ein Vergleich undenkbar[4], und ermäßigt Jemand die ihm aus einem solchen zustehenden Rechte, so liegt hierin kein Vergleich sondern eine Schenkung[4a]. — Die Ungewißheit hat meist darin ihren Grund, daß ein Recht unter den Parteien streitig ist[5]; durch den Vergleich wird der Streit wie durch

---

[10] l. 17. §§ 5. 7. l. 18. l. 27. § 3. D. h. t. 4, 8. — [11] l. 9. §§ 1. 2. l. 41. l. 51. D. h. t. 4, 8; l. 6. C. h. t. 2, 56; c. 4. X. de arb. 1, 43. — [11a] Die RCPO. substituirt hiebei den Personen unter 20 Jahren die Minderjährigen. — [12] l. 27. § 1. l. 49. § 2. l. 17. pr. l. 47. § 1. l. 48. D. h. t. 4, 8. — [13] l. 45. l. 15. l. 16. pr. D. h. t. 4, 8. — [14] l. 31. l. 32. § 14. D. h. t. 4, 8; l. 3. C. h. t. 2, 56. — [15] l. 3. § 1. l. 15. l. 32. § 12. D. h. t. 4, 8. — [16] l. 9. §§ 4. 5. l. 10. l. 11. pr. l. 15. l. 16. l. 17. pr. D. h. t. 4, 8.

[1] ll. 1—4. C. h. t. 2, 4; l. 14. D. h. t. 2, 15. — [2] l. 1. § 1. D. test. quemadm. ap. 29, 3; l. 6. D. h. t. 2, 15. — [3] l. 1. D. h. t. 2, 15. — [4] l. 23. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 7. pr. § 1. l. 11. D. h. t. 2, 15; l. 32. C. h. t. 2, 4. — [4a] Pauli sent. rec. I, 1. § 5. — [5] l. 1. D. h. t. 2, 15; l. 2. l. 12. l. 17. C. h. t. 2, 4.

ein gerichtliches Urtheil beseitigt[6], und in Fällen dieser Art ist der Vergleich ein Surrogat des gerichtlichen Urtheils. Die Ungewißheit kann aber auch darin ihren Grund haben, daß das Entstehen oder Bestehen eines Rechts (z. B. wegen einer hinzugefügten Suspensiv- oder Resolutivbedingung[7]) oder der Umfang eines Rechts (z. B. im Fall einer auf Lebenszeit ausgesetzten Rente[8]) zweifelhaft ist. — Die Art des gegenseitigen Nachgebens hängt von der Uebereinkunft der Parteien ab; bald wird das streitige Recht zum einen Theil aufgegeben und zum anderen Theil anerkannt[9], bald wird auf das streitige Recht ganz verzichtet und dafür eine Gegenleistung ausbedungen, oder umgekehrt das streitige Recht durchaus anerkannt und der Anerkennende mit einer Gegenleistung abgefunden[10]. Aehnlich bei einem Vergleiche über ein zwar unstreitiges aber dennoch ungewisses Recht. Immer muß das Nachgeben ein gegenseitiges sein, ein bloß einseitiges Nachgeben macht den Vertrag zu einer Schenkung[11]. — Von dem Inhalt des gegenseitigen Nachgebens hängt die juristische Natur des Vergleiches ab; er unterliegt bald den Grundsätzen über dingliche Verträge, bald denen über obligatorische u. s. w.; ein Vergleich über Alimente, welche Jemand in Folge einer letztwilligen Verfügung zu fordern hat, und worin diese durch eine Pauschsumme ganz oder zum Theil abgelöst werden sollen, bedarf der richterlichen Bestätigung, welche nur dann ertheilt werden darf, wenn in einer vorgängigen Untersuchung der Vergleich sich als vortheilhaft für den Alimentenberechtigten herausgestellt hat[12]. — Ein Großjähriger, welcher einen beschworenen Vergleich bricht, verliert nach Römischem Recht alle Rechte aus demselben und wird infam[13]. — Die Wirkung des Vergleichs beschränkt sich auf die Transigenten; bloß die Erbschaftsgläubiger (nicht jedoch die Vermächtnißnehmer[14]) sind an den Vergleich, welchen zwei Erbprätendenten unter einander abgeschlossen haben, gebunden[15]. — Wegen Zwanges[16] und Betruges[17] ist der Vergleich nach den allgemeinen Grundsätzen des § 51 anfechtbar; wegen bloßen Irrthums hingegen nur dann, wenn diejenigen Thatsachen, welche von **beiden** Parteien als richtig vorausgesetzt worden sind, unrichtig sind resp. umgekehrt, wenn Thatsachen vorhanden sind, welche **beide** Parteien als nicht existent vorausgesetzt haben; anfechtbar ist daher z. B. der Vergleich über ein wegen Formfehlers angefochtenes Testament, wenn das Testament hinterher sich als ein untergeschobenes erweist, die Ablösung eines angeblichen Rentenvermächtnisses mit einer Pauschsumme, wenn dasselbe hinterher als nichtig erwiesen wird[18]. Nicht hingegen ist der Vergleich anfechtbar, wenn hinterher der Irrthum der einen Partei sich als solcher herausstellt resp. die Ungewißheit gehoben wird[19].

---

[6] l. 20. l. 28. C. h. t. 2, 4. — [7] l. 11. C. h. t. 2, 4. — [8] l. 8. D. h. t. 2, 15. — [9] l. 6. C. h. t. 2, 4. — [10] l. 9. l. 33. D. h. t. 2, 15. — [11] l. 38. C. h. t. 2, 4; l. 1. D. h. t. 2, 15. — [12] l. 8. D. h. t. 2, 15; l. 8. C. h. t. 2, 4. — [13] l. 41. C. h. t. 2, 4. — [14] l. 3. pr. D. h. t. 2, 15. — [15] l. 14. D. h. t. 2, 15. — [16] l. 13. C. h. t. 2, 4. — [17] l. 9. § 2. D. h. t. 2, 15; l. 4. l. 19. l. 30. C. h. t. 2, 4; l. 65. § 1. D. de c. i. 12, 6. — [18] l. 42. C. h. t. 2, 4; cf. l. 3. § 1. l. 12. i. f. D. h. t. 2, 15; l. 36. i. f. D. f. e. 10, 2. — [19] l. 2. l. 19. l. 23. l. 24. C. h. t. 2, 4.

VII. Die in integrum restitutio (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

t. D. IV, 1: de in integrum restitutionibus. — Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1831. — Spaltenstein, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1873.

A. § 102. Begriff und Wesen.

Savigny, §§ 315—317. — Vangerow, § 175.

Im Allgemeinen bezeichnet in integrum restitutio die Wiederherstellung eines früheren Zustandes, gleichviel ob dies in Folge einer Uebereinkunft oder in Folge einer Klage geschieht. So wird die freiwillige Wiederaufhebung eines Kaufes nebst Rückleistung des von einem Contrahenten schon Geleisteten, ferner die Wiederaufhebung des Kaufes einer fehlerhaften Sache in Folge der act. redhibitoria als in integrum restitutio bezeichnet[1]. Im technischen Sinne aber bedeutet nach classischem Römischen Rechte in integrum restitutio (integri restitutio, Restitution, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) die außerordentliche Herstellung eines früheren Rechtszustandes aus Gründen der Billigkeit und zwar durch arbiträres unmittelbares Einschreiten des Magistrats. Den Ursprung aus der Billigkeit hat die Restitution mit unzähligen Rechtsbegriffen gemein; es ist bereits früher (§ 13) auf den Fortschritt des strengen Rechts zum billigen Recht aufmerksam gemacht worden. Auch die Herstellung eines früheren Rechtszustandes ist nicht der Restitution eigenthümlich, diese wird vielmehr auch durch andere Rechtsmittel herbeigeführt, welche die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts bezwecken (wegen Drohung, Betruges, Irrthums). Das Charakteristische der Restitution nach classischem Römischen Rechte ist vielmehr:

1. Daß sie in einem arbiträren Einschreiten des Magistrats besteht, d. h. die Regeln, nach welchen die Restitution erfolgt, sind im Prätorischen Edict, welchem sie entstammt, nicht genau bestimmt; es hängt vielmehr vom Ermessen des Magistrats ab, ob er die Restitution bewilligen oder versagen wolle[2]. Die Ursache hievon lag darin, daß die Prätoren in dieser Materie es ursprünglich für zu gewagt hielten, feste dem Civilrecht direct widersprechende Klagrechte einzuführen, und sich lieber freies Ermessen für den einzelnen Fall vorbehielten.

2. Daß sie in einem unmittelbaren Einschreiten des Magistrats besteht, d. h. selbst zur Zeit des Formularprocesses, in welcher doch der Magistrat in der Regel den Proceß bloß (in iure) einleitete, während die Geschworenen die Sache (in iudicio) untersuchten und das Urtheil fällten, ruht die Restitution durchaus in der Hand der höheren Magistrats (des Prätor, des Kaisers, des praefectus urbi und praetorio in Rom, des Statthalters in der Provinz[3], daher der in dieser Materie häufig wiederkehrende Quellenausdruck: praetoria cognitio); weder die Geschworenen

---

[1] l. 58. D. de pact. 2, 14; l. 23. § 7. D. de aed. ed. 21, 1. — [2] l. 3. D. h. t. 4, 1; l. 1. § 1. l. 24. § 5. D. de min. 4, 4. — [3] l. 16. § 5. l. 17. l. 18. l. 42. D. de min. 4, 4.

noch selbst die mit einer wahren, wenngleich beschränkten, Civilgerichtsbarkeit versehenen Stadtmagistrate, sondern nur die mit dem imperium mixtum versehenen höheren Magistrate waren für die Restitution competent[4]; das hat eben darin seinen Grund, daß man Beamten ohne Imperium nicht die Handhabung unfertiger Rechtsregeln überlassen wollte.

Wegen dieser Eigenthümlichkeiten wird die Restitution ein auxilium extraordinarium genannt, und den Klagen und Einreden als den auxilia communia gegenübergestellt[5]. Daraus folgt der subsidiäre Charakter der Restitution: sie findet nur da Anwendung, wo Klagen und Einreden überhaupt nicht vorhanden sind[6] oder wo diese einen minder vollständigen oder einen minder sicheren Schutz gewähren[7]; bloß der actio doli wird sie vorgezogen, weil diese die Infamie des verurtheilten Verklagten zur Folge hat[8].

Die obgedachten Eigenthümlichkeiten der Restitution haben sich allmählich verloren. Einerseits wurde die Restitution allmählich durch die Prätoren selbst wie durch die Theorie und die Praxis der Juristen festen Rechtsregeln unterworfen, so daß ihr ursprünglicher arbiträrer Charakter schwand. Andererseits wurden unter Justinian für gewisse Fälle der Restitution die Unterrichter competent[9], und heut ist dies unbestritten **jeder** ordentliche Richter für alle Restitutionsfälle. Dadurch ist die Restitution heut in die Reihe der ordentlichen Schutzmittel (wie Klage, Einrede) eingetreten — nur mit dem besonderen Charakter, daß dadurch Rechtszustände irgend welcher Art aufgehoben werden.

B. Voraussetzungen der Restitution.

1) § 103. Die sog. Läsion.

Savigny, §§ 318. 319. 321. — Vangerow, §§ 176. 178.

Die erste Voraussetzung der Restitution ist, daß Jemand einen Nachtheil (laesio, damnum) erlitten hat (captum, deceptum, circumventum, circumscriptum esse), welchen er durch die gewöhnlichen Rechtsmittel überhaupt nicht oder nicht ausreichend beseitigen kann (§ 102). Der Nachtheil kann durch positive Handlungen[1] (namentlich durch Rechtsgeschäfte) oder durch Versäumnisse herbeigeführt sein; ist er durch Zufall herbeigeführt, so findet keine Restitution statt[2]. Nachtheil ist vorhanden, nicht bloß wenn ein Vermögensinteresse, sondern auch wenn ein Affectionsinteresse verletzt ist, z. B. ein Minderjähriger ist von einem schlechten Menschen arrogirt worden, es ist Jemand bei der Versteigerung eines Grundstücks überboten worden, welches früher ganze Generationen hindurch seinen Voreltern gehört hatte, es hat Jemand das Amt eines Schiedsrichters übernommen[3]. Vermögensnachtheil ist vorhanden, mag Jemand

---

[4] l. 26. § 1. D. ad munic. 50, 1. — [5] l. 16. pr. D. de min. 4, 4. — [6] l. 16. pr. D. de min. 4, 4; l. 2. C. de filiof. min. 2, 23. — [7] l. 45. § 1. D. de min. 4, 4; l. 25. l. 39. § 13. D. de adm. 26, 7; l. 9. §§ 3. 4. l. 21. § 6. D. quod met. 4, 2; l. 3. C. de his quae vi 2, 20; l. 3. C. qu. in c. maj. 2, 54; l. 5. l. 10. C. de resc. vend. 4, 44. — [8] l. 7. § 1. D. h. t. 4, 1; l. 1. § 6. l. 39. D. de dolo 4, 2. — [9] l. 3. C. ubi et ap. quem. 2, 17.

[1] l. 1. § 1. l. 7. pr. D. de min. 4, 4. — [2] l. 11. §§ 4. 5. D. de min. 4, 4. — [3] l. 3. § 6. l. 6. l. 35. D. de min. 4, 4; l. 41. D. de rec. 4, 8.

einen positiven Schaden erlitten haben (eine Sache ist während der Abwesenheit ihres Eigenthümers von einem Anderen ersessen worden, eine Sache ist zu theuer gekauft oder gemiethet, zu billig verkauft oder vermiethet worden, ein Proceß ist schlecht geführt und verloren worden[4]) oder einen Gewinn sich haben entgehen lassen[5] (der Erwerb einer vortheilhaften Erbschaft oder eines Vermächtnisses ist versäumt worden[6]); nur dann wird wegen entgangenen Gewinnes nicht restituirt, wenn dadurch ein Anderer an seinem bereits erworbenen Vermögen verkürzt werden würde (z. B. es hat Jemand eine zweiseitige Strafklage verjähren lassen, es hat Jemand einen Erwerb durch Ersitzung versäumt[7]). Streitig ist, ob die Restitution auch wegen geringfügigen Nachtheils ertheilt werde; in einigen Fällen wird allerdings ein großer Nachtheil vorausgesetzt (bei einem durch den Pfandgläubiger erfolgten Verkauf von Pfändern[8], bei einem Verkauf von Mündelgütern, welcher unter Beobachtung aller gesetzlichen Vorschriften erfolgt ist[9], bei einer Schenkung eines minderjährigen Bräutigams an seine Braut[9a]); in der Regel aber gilt die Geringfügigkeit des Nachtheils als gleichgiltig, und das beliebte Sprichwort der Neueren: minima non curat praetor ist hier unwahr (wie dies auch bei der verschiedenen Vertheilung der Güter unter den Menschen durchaus erklärlich ist), außer wenn der durch die Restitution für den Gegner entstehende Nachtheil bei weitem größer sein würde, als der gegenwärtige Nachtheil des Restitutionssuchers[10]. — Nicht bewilligt wird die Restitution, wenn der Nachtheil durch den eigenen Dolus des Benachtheiligten herbeigeführt worden ist[11] (anders bei Delicten aus Fahrlässigkeit[12]), wenn Fiscus Sachen seiner Schuldner zum Zweck seiner Befriedigung öffentlich versteigert hat[13], ferner nicht gegen den Ablauf der dreißig- und mehrjährigen Verjährung[14], nicht den Descendenten gegenüber den Ascendenten[15], außer wenn sie dagegen Restitution suchen, daß sie durch Adoption in das Descendentenverhältniß eingetreten oder durch richterliches Urtheil für Descendenten erklärt worden sind[16], sowie wenn sie gegen die Ausschlagung einer ihnen deferirten und hierauf vom Vater erworbenen Erbschaft restituirt sein wollen[17] (§ 357 N. 3).

2) Restitutionsgrund.

a. § 104. Uebersicht.

Savigny, §§ 320. 333. — Vangerow, § 177.

Die zweite Voraussetzung der Restitution ist das Vorhandensein eines Billigkeitsgrundes, welcher die Aufhebung eines bestehenden Rechtszustandes

[4] l. 45. pr. l. 7. §§ 4. 11. 12. l. 8. l. 36. l. 42. D. de min. 4, 4; l. 1. § 1. D. ex qu. c. maj. 4, 6. — [5] l. 7. § 6. l. 44. D. de min. 4, 4; l. 27. D. ex qu. c. maj. 4, 6. — [6] l. 21. § 6. D. qu. met. 4, 2; l. 7. § 10. l. 22. l. 24. § 2. l. 30. D. de min. 4, 4; l. 2. C. si ut om. 2, 40. — [7] l. 37. pr. D. de min. 4, 4; l. 18. l. 20. D. ex qu. c. maj. 4, 6. — [8] l. 9. pr. D. de min. 4, 4; l. 1. C. si adv. vend. pign. 2, 29. — [9] l. 49. pr. D. de min. 4, 4. — [9a] l. 1. C. si adv. don. 2, 30. — [10] l. 4. D. h. t. 4, 1. — [11] l. 9. §§ 2. 4. 5. l. 37. § 1. D. de min. 4, 4; l. 26. § 6. D. ex qu. c. maj. 4, 6; l. 2. l. 3. C. si minor se maj. 2, 43. — [12] l. 9. § 5. D. de min. 4, 4; l. 1. C. si adv. del. 2, 35. — [13] l. 5. C. de fide et iure hastae 10, 3. — [14] l. 3. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [15] l. 2. C. qui et adv. quos 2, 42. — [16] l. 3. § 6. D. de min. 4, 4; l. 2. C. si adv. rem jud. 2, 27. — [17] l. 8. § 1. C. de bon. quae lib. 6, 61.

und die Wiederherstellung eines früheren rechtfertigt. Solcher Restitutionsgründe werden in den Quellen[1] wiederholentlich sechs aufgezählt: Minderjährigkeit, Drohung, Irrthum, Betrug, Abwesenheit, Capitis Deminutio. Aber der Restitutionsgrund wegen Capitis Deminutio ist nicht anzuerkennen; der Capite minutus, welcher nach Civilrecht von seinen Schulden befreit wurde, blieb nach Prätorischem Recht den Gläubigern verhaftet (§ 25), den Gläubigern ward durch das Prätorische Edict die Klage restituirt[2], und zwar ohne vorgängige Untersuchung des Magistrats, ja ohne daß die Restitutionsfrist (§ 110) inne gehalten zu werden brauchte[3]; es war demnach bloß der Form nach eine Restitution vorhanden, in Wahrheit war der civilrechtliche Grundsatz über die Befreiung des Capite minutus von seinen Schulden aufgehoben.

b. Die einzelnen Restitutionsgründe.

α. § 105. Bei Minderjährigen.

t. D. IV, 4: de minoribus XXV annis. — t. C. II, 22: de in integrum restitutione minorum. — Savigny, §§ 322—324. — Vangerow, §§ 183. 184.

Minderjährige werden wegen ihres Alters restituirt, sie mögen mündig oder unmündig[1] sein, sie mögen unter väterlicher Gewalt[2], unter Vormundschaft stehen oder nicht, sie mögen den Nachtheil durch eigene Handlungen resp. Unterlassungen sich selbst zugezogen oder durch die ihrer Vertreter erlitten haben[5]; ja selbst wenn der Vormund mit Genehmigung der Obervormundschaftsbehörde gehandelt hat, so ist die Restitution zulässig[4], — ausgenommen wenn Jemand dem Vormund mit jener Genehmigung eine Zahlung gemacht hat[5]. Bei eigenen Handlungen resp. Unterlassungen des Minderjährigen wird vorausgesetzt, daß Mangel an Besonnenheit und Erfahrung des Minderjährigen den Nachtheil herbeigeführt habe[6] und das Gleiche muß von Handlungen resp. Unterlassungen der Vertreter gelten. Diese exorbitante und in diesem Umfang gar nicht zu rechtfertigende Restitution kann, wie in den Quellen selbst bemerkt wird, leicht zum Nachtheil der Minderjährigen umschlagen, da Niemand mit ihnen oder mit ihrem Vertreter ein Geschäft wird eingehen wollen; daher soll sie nur bei ganz offenbarer Uebervortheilung und augenscheinlicher Nachlässigkeit bewilligt werden[7]. Unwürdig der Restitution ist der Minderjährige dann, wenn er sich bei Abschließung des Geschäfts, gegen welches er restituirt werden will, wider besseres Wissen für großjährig ausgegeben hat[8]. Die Restitution ist unzulässig, wenn ein Minderjähriger für großjährig erklärt worden ist[9] (§ 21), wenn er ein Geschäft

---

[1] l. 1. l. 2. D. h. t. 4, 1; Paul. sent. rec. I, 7. § 2. — [2] Gai. 3, 84; 4, 38; l. 2. § 1. l. 7. §§ 2. 3. D. de cap. min. 4, 5; l. 2. D. h. t. 4, 1. — [3] l. 2. §§ 1. 5. D. de cap. min. 4, 5.

[1] l. 29. pr. § 1. l. 38. pr. l. 47. pr. D. h. t. 4, 4; l. 2. l. 3. l. 5. C. si tutor 2, 5; l. 2. l. 5. C. si adv. rem jud. 2, 29. — [2] l. 3. § 4. l. 23. D. h. t. 4, 4. — [3] l. 29. pr. § 1. l. 38. pr. l. 41. pr. D. h. t. 4, 4; l. 2. l. 3. C. si tut. vel cur. 2, 25. — [4] l. 11. C. de praed. 5, 71; l. 2. C. de fid. min. 2, 24. — [5] l. 7. § 2. D. h. t. 4, 4; l. 25. C. de adm. 5, 37; § 2. I. quib. al. 2, 8. — [6] l. 1. pr. l. 11. §§ 4. 5. D. h. t. 4, 4. — [7] l. 24. § 1. D. h. t. 4, 4. — [8] l. 2. l. 3. C. si minor 2, 43; l. 9. §§ 2. 5. D. h. t. 4, 4. — [9] l. 1. C. si veniam 2, 45.

eidlich bestärkt[10] oder nach erlangter Großjährigkeit anerkannt[11] hat, wenn die Restitution den Schaden eines anderen Minderjährigen nach sich zöge[12], endlich in mehreren Fällen, welche rein auf positiver Bestimmung beruhen[13].

Den Minderjährigen sind im Römischen Recht die Gemeinden[14] gleichgestellt, im Canonischen Recht die Kirchen und milden Stiftungen[15], nach der Praxis alle Corporationen, Fiscus und alle Bevormundete. — Auch der Nasciturus hat schon nach Römischem Recht den Anspruch auf Restitution[16].

Neuere Particularrechte haben die Restitution der Minderjährigen und der ihnen gleichgestellten Personen völlig aufgehoben, weil sie die Sicherheit der Rechtsverhältnisse in hohem Grade schmälert; insbesondere hat die Reichscivilproceßordnung § 210 die Restitution derselben gegen die Folgen einer processualischen Versäumung beseitigt.

β. Bei Großjährigen.

aa. § 106. Durch Drohungen erregte Furcht.

t. D. IV, 2: quod metus causa gestum erit. — t. C. II, 20: de his quae vi metuve causa gesta sunt. — Schliemann und Schloßmann in den zu § 51 citirten Schriften. — Savigny, § 330. — Vangerow, § 185.

Wegen eines in Folge einer Drohung herbeigeführten Nachtheils steht dem Beschädigten die actio quod metus und die exceptio metus zu (§§ 51. 317); da beide in rem scriptae sind, so scheint das Bedürfniß einer Restitution kaum vorhanden zu sein. Nichtsdestoweniger wird die Restitution wegen Metus in den Quellen erwähnt, wenn Jemand ein dingliches Recht oder eine Forderung aufgegeben, wenn Jemand ein Versprechen abgegeben[1], wenn Jemand eine ihm deferirte vortheilhafte Erbschaft ausgeschlagen[2] resp. eine überschuldete Erbschaft angetreten hat[3]. Von diesen Fällen ist bei dem letzten die Restitution allerdings nothwendig, da die act. und exc. metus wegen der unbestimmten, vielleicht unübersehbaren Rechtsverhältnisse mit fremden Personen, welche mit der Erbschaft verbunden sein können, nicht ausreicht; dagegen scheint die Restitution in den übrigen Fällen nicht motivirt.

bb. § 107. Irrthum.

Savigny, § 331. — Vangerow, § 186.

Restitutionsfälle wegen Irrthums erwähnen die Quellen mehrfach, wenn Jemand einen processualischen Nachtheil erlitten hat (Beispiele s. in § 92 Note 9, § 386 Note 4); das materielle Recht betreffen bloß zwei Restitutionsfälle: a) wenn die Erbschaftsgläubiger aus Irrthum über

---

[10] l. 1. C. si adv. vend. 2, 28; Auth. sacramenta puberum. — [11] t. C. 2, 46: si maior factus ratum habuerit. — [12] l. 11. § 6. l. 34. pr. D. h. t. 4, 4. — [13] l. 3. § 4. D. h. t. 4, 4; l. 1. C. si adv. don. 2, 30; l. 11. C. de transact. 2, 4; Nov. 115. c. 3. § 13; l. 8. § 6. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [14] l. 4. C. qu. ex caus. 2, 54. — [15] c. 1. c. 3. c. 6. X. de in int. rest. 1, 41; c. 11. X. de reb. eccl. 3, 13. — [16] l. 45. pr. D. h. t. 4, 4.

[1] l. 9. §§ 3. 4. D. h. t. 4, 2; l. 3. C. h. t. 2, 20. — [2] l. 21. § 6. D. h. t. 4, 2. — [3] l. 25. § 5. D. h. t. 4, 2.

den Bestand der Erbschaft das benef. separationis erbeten haben und dadurch zu Schaden gekommen sind[1] (§ 427); b) wenn ein Erbe, welcher durch entschuldbaren Irrthum in den Zustand der Indignität gerathen ist, die Erbschaft als Indignus verliert und derselbe eine (nunmehr durch Confusion untergegangene) Forderung an den Erblasser hatte[2] (§ 426 N. 11).

cc. § 108. Betrug.

t. D. IV, 3; t. C. II, 21: de dolo malo. — Savigny, § 332. — Vangerow, § 185.

Der Umfang der Restitution wegen Dolus ist sehr bestritten. Da die act. doli subsidiär ist (§ 318), so erwartet man eine sehr weite Anwendung der Restitution; in den Quellen werden mehrere Fälle processualischen Nachtheils erwähnt[1]; das materielle Recht betrifft bloß die Restitution

1. der Creditoren, deren Gemeinschuldner eine Sache betrüglich veräußert hat[2] (§ 235 N. 5);

2. Desjenigen, welcher durch Dolus zur Abschließung eines bonae fidei negotium bewogen worden ist[3].

dd. § 109. Abwesenheit und andere Hindernisse gegen die Wahrnehmung eines Rechts.

t. D. IV, 6: ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituantur. — t. C. II, 54: quibus ex causis maiores in integrum restituantur. — Savigny, §§ 325—329. — Vangerow, § 188.

Abwesenheit und andere Hindernisse gegen die Wahrnehmung eines Rechts sind nur dann Restitutionsgründe, wenn Jemand eine Handlung versäumt und dadurch einen Nachtheil erlitten hat. Die genaueren Festsetzungen des prätorischen Edicts sind folgende[1]:

1. Schutz der Abwesenden gegen andere Personen. Restituirt wird Derjenige, welcher eine Einbuße an seinem Vermögen erlitten oder eine Klage verloren hat, während er aus gerechter Furcht[2] oder im Staatsdienst[3] abwesend war, sowie während er sich im Gefängniß[4], in Sklaverei, in Feindesgewalt[5] befand.

2. Schutz anderer Personen gegen die Abwesenden. Restituirt werden andere Personen gegen Abwesende, wenn letztere eine Vergrößerung ihres Vermögens erfahren haben oder von einer Klage befreit worden sind dadurch, daß sie abwesend waren oder dadurch, daß sie sich im Gefängniß befanden; vorausgesetzt wird, daß sie während ihrer Abwesenheit von Niemandem vertheidigt wurden[6].

3. Generalis clausula[7]. Am Schluß des prätorischen Edicts

---

[1] l. 1. § 17. D. de sep. 42, 6. — [2] l. 17. D. de his quae ut ind. 34, 9; l. 21. § 1. D. de sct. sil. 29, 5.

[1] l. 33. D. de re jud. 42, 1; l. 18. D. de int. in iure 11, 1; l. 3. § 1. D. de eo per quem factum 2, 10; l. 7. § 1. D. de i. i. rest. 4, 1. — [2] § 6. I. de act. 4, 6. — [3] l. 5. l. 10. C. de resc. vend. 4, 44.

[1] l. 1. § 1. D. h. t. 4, 6. — [2] l. 2. § 1. l. 3. D. h. t. 4, 6. — [3] ll. 4—7. 33. § 1. l. 38. l. 45. D. h. t. 4, 6. — [4] l. 9. l. 10. D. h. t. 4, 6. — [5] ll. 11—15. § 2. D. h. t. 4, 6. — [6] l. 21. § 1. l. 23. pr. D. h. t. 4, 6. — [7] l. 26. § 1. l. 33. pr. D. h. t. 4, 6.

befinden sich die Worte: item si qua alia iusta causa esse videbitur, in integrum restituam[8]. Die Bedeutung dieser Worte war früher sehr bestritten; nach der einen Ansicht konnte der Richter wegen jedes ihm zureichend scheinenden Billigkeitsgrundes restituiren, nach der anderen konnte er bloß wegen anderer als der sub 1. 2. aufgezählten Abwesenheitsgründe, sofern sie ihm gerechtfertigt schienen, restituiren. Die erste Meinung wird heut allgemein verworfen: sie statuirt eine verderbliche Willkür des Richters. Aber auch die zweite Meinung ist nicht ganz zutreffend; denn außer anderen Abwesenheitsgründen sind gemäß der generalis clausula andere (meist factische) Hindernisse, durch welche die Wahrnehmung eines Rechts gehemmt und ein Verlust des Rechts herbeigeführt worden ist, als Restitutionsgründe anerkannt. Die Quellen gewähren nämlich die Restitution:

a. (Zusätze zu 1) den legati civitatis[9], den Ehefrauen[10] und Aerzten[11] der Soldaten, den absentes studiorum causa[12], den in Erwerbsgeschäften Verreisten[13]; Demjenigen, welcher durch Ueberschwemmung oder Austrocknen einer Quelle seine Servitut nicht ausüben konnte[14]. Auch einige Fälle des Irrthums werden erwähnt; so wird restituirt der bedingt eingesetzte Erbe, welcher wegen des sct. Silanianum (§ 406 Note 5) das Testament nicht eröffnen ließ und aus Unkenntniß des Testaments die Erfüllung der Bedingung versäumt hat[15]; ferner Derjenige, welcher die Anstellung des int. quod vi aut clam innerhalb der Verjährungsfrist (§ 325 Note 13) unterlassen hat, weil die Veränderung an einem abgelegenen Orte vorgenommen wurde[16].

b. (Zusätze zu 2) gegenüber Demjenigen, welcher vor Gericht nicht selbst gezogen werden konnte und keinen Vertreter hatte, z. B. gegenüber einem Wahnsinnigen ohne Vormund, einer Stadtgemeinde ohne Vorstand[17].

3) § 110. Verjährung.

t. C. II, 53: de temporibus in integrum restitutionis tam minorum et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam heredum eorum. — Savigny, §§ 338—341. — Vangerow, § 180.

Die Berechtigung zur Restitution, mag sie klage- oder exceptionsweise vorgebracht werden[1], verjährte nach classischem Römischen Rechte[2] in einem annus utilis; Constantin[3] setzte für die Restitution der Minderjährigen eine Frist von fünf, vier, drei Jahren fest, je nachdem sie in Rom, in Italien, in der Provinz wohnten; endlich schrieb Justinian für alle Restitutionsfälle einen vierjährigen Zeitraum vor[4]. Der Zeitraum beginnt zu laufen: a) bei Minderjährigen mit dem Tage des beginnenden

---

[8] l. 1. § 1. l. 26. § 9. D. h. t. 4, 6. — [9] l. 8. l. 26. § 9. D. h. t. 4, 6; l. 86. pr. D. de a. h. 29, 2. — [10] l. 1. l. 2. C. de ux. mil. 2, 52. — [11] l. 33. § 2. D. h. t. 4, 6. — [12] l. 28. D. h. t. 4, 6. — [13] l. 57. D. mand. 17, 1. — [14] l. 34. § 1. l. 35. D. de serv. p. r. 8, 3; l. 14. pr. D. quemadm. s. am. 8, 6; l. 1. § 9. D. de it. 43, 19. — [15] l. 3. § 31. D. ad sct. Sil. 29, 5. — [16] l. 15. § 5. D. quod vi 43, 24. — [17] l. 22. § 2. D. h. t. 4, 6; l. 124. § 1. D. de r. j. 50, 17.

[1] l. 9. § 4. D. de jurej. 12, 2. — [2] l. 19. D. de min. 4, 4; l. 1. § 1. l. 28. §§ 3. 4. D. ex. qu. c. 4, 6; l. 7. pr. C. h. t. 2, 53. — [3] l. 2. C. Th. de int. rest. 2, 16. — [4] l. 7. C. h. t. 2, 53.

26. (jetzt des 22.) Lebensjahres[5], bei Minderjährigen, die für volljährig erklärt worden sind, mit dem Tage, an welchem sie als volljährig gelten, sie soll jedoch nie vor dem vollendeten 25. (jetzt 21.) Lebensjahre des für volljährig Erklärten[6] ablaufen; bei den den Minderjährigen gleichgestellten Personen beginnt der Lauf der Frist mit dem Tage der Verletzung[7]; b. bei Abwesenden und anderen an der Wahrnehmung ihres Rechts Behinderten mit dem Tage der Rückkehr resp. der Hebung des Hindernisses[8]; c) bei Bedrohten, Irrenden und Betrogenen mit dem Augenblick der Läsion. — Nach der Meinung vieler Juristen soll die Frist nicht eher zu laufen beginnen, als bis der Benachtheiligte von der Läsion Kenntniß erhalten hat; diese Meinung ist für das classische Recht anzuerkennen, weil damals die Frist ein utiliter zu berechnendes (§ 74) Jahr betrug[9]; für das Constantinische[10] und Justinianische Recht[11] ist sie zu verwerfen: denn Fristen über ein Jahr werden continuo berechnet. — Innerhalb des vierjährigen Zeitraums soll das Restitutionsgesuch nach der Vorschrift Justinians nicht bloß angebracht, sondern auch vom Richter entschieden sein[12]; letzteres ist von der Praxis nicht anerkannt.

4) § 111. Der Restitutionsproceß.

Savigny, §§ 334—337. 342. 343. — Vangerow, §§ 179. 181. 182.

I. Die Parteien. Kläger ist der Benachtheiligte oder sein Universalsuccessor[1] oder Derjenige, welchem er die Restitutionsberechtigung cedirt hat[2]. Der Bürge des Benachtheiligten kann nicht selbständig die Restitution nachsuchen[3]; ist dieselbe aber dem Benachtheiligten auf dessen Antrag gewährt worden, so kommt sie dem Bürgen zu Gute, außer wenn er sich gerade deshalb verbürgt hat, um den Gläubiger gegen eine etwaige Restitution zu sichern[4]. — Die Person des Restitutionsbeklagten hängt von der Natur der juristischen Thatsache ab, gegen welche die Restitution erfolgen soll; hat diese den Verlust eines dinglichen Rechts (z. B. den Verlust des Eigenthums durch Ersitzung Seitens eines Anderen) oder einer Erbschaft zur Folge gehabt, so geht die Restitutionsklage in rem, d. h. gegen jeden Besitzer der ersessenen resp. erbschaftlichen Sachen[5]; besteht die juristische Thatsache in der Uebernahme einer Obligation, so geht die Restitutionsklage in personam, d. h. gegen die Person des anderen Contrahenten (daher hat z. B. ein Minderjähriger, welcher einen nachtheiligen Verkauf abgeschlossen hat, vom Käufer die Rückgabe der verkauften Sache zu verlangen[6]); ausnahmsweise geht sie gegen den Singularsuccessor des Contrahenten dann, wenn dieser das Geschäft, gegen welches die Restitution nachgesucht wird, gekannt hat, oder wenn der Contrahent

[5] l. 7. pr. C. h. t. 2, 53. — [6] l. 5. pr. C. h. t. 2, 53. — [7] Cl. un. de rest. 1, 11; c. 1. c. 2. in VI. de rest. 1, 21. — [8] l. 7. § 1. C. h. t. 2, 53. — [9] l. 6. D. de cal. 3, 6. — [10] l. 2. C. Th. de i. i. r. 2, 16. — [11] cf. l. 8. C. de dolo 2. 21. — [12] l. 7. C. h. t. 2, 53; cf. l. 39. pr. D. de min. 4, 4; l. 5. pr. l. 6. C. h. t. 2, 53.

[1] l. 6. D. de i. i. r. 4, 1; l. 18. § 5. D. de min. 4, 4. — [2] l. 24. pr. D. de min. 4, 4. — [3] l. 7. § 1. i. f. D. de exc. 44, 1. — [4] l. 13. pr. D. de min. 4, 4; l. 95. § 3. D. de sol. 46, 3; Paul. sent. rec. I, 9. § 6; l. 2. C. de fid. min. 2, 24. — [5] l. 17. pr. l. 30. § 1. D. ex qu. c. maj. 4, 6. — [6] l. 24. § 4. l. 27. § 1. D. de min. 4, 4.

selbst zahlungsunfähig ist [7]. Die Restitution wegen Metus kann natürlich (wie die act. quod metus und die exc. metus) unbedingt gegen jeden Dritten verlangt werden.

II. Das Verfahren. Immer besteht das Verfahren in der Ausmittelung der beiden Voraussetzungen einer jeden Restitution [8] (§§ 103 sqq.); sind sie vorhanden, so wird der gegenwärtig bestehende Rechtszustand unter Wiederherstellung des älteren aufgehoben (daher sprechen die Neueren von einem iudicium rescindens); sofern der wiederhergestellte Rechtszustand einer thatsächlichen Verwirklichung bedarf, so trifft der Richter die nöthigen Anordnungen, und verpflichtet z. B. Denjenigen, der von einem Minderjährigen eine Sache zum Schaden des letzteren gekauft hat, dem Minderjährigen die Sache gegen Rückempfang des vorhandenen Preises zu restituiren [9]. Besteht aber die Läsion in dem Verlust einer Klage (z. B. es hat Jemand in Abwesenheit des Restituirten dessen Sache ersessen), so schließt sich an das iudicium rescindens noch das iudicium rescissorium, d. h. ein Proceß, in welchem über die restituirte Klage zu entscheiden ist [10]. Beide Processe werden heut gewöhnlich mit einander verbunden.

III. Das Urtheil. Ist die Restitutionsklage begründet, so wird die juristische Thatsache, auf welcher der gegenwärtige Rechtszustand beruht, aufgehoben und der frühere Rechtszustand wiederhergestellt [11]; eine versäumte Frist erhält der Restituirte zurück [12], von einer übernommenen Obligation wird er befreit [13], das verlorene dingliche oder obligatorische Recht oder Erbrecht wird ihm wieder zugesprochen [14]. Selbstverständlich ist auch die Gegenpartei in die frühere Lage zurückzuversetzen; deshalb sind dem Restituirten im Urtheil etwaige frühere Verbindlichkeiten wieder aufzuerlegen; auch ist er dahin zu verpflichten, daß er der Gegenpartei allen Gewinn aus der beseitigten juristischen Thatsache herausgebe [15], außer wenn er diesen Gewinn wieder verloren hat und er für den Verlust nicht aufzukommen braucht; daher braucht ein Minderjähriger, welcher gegen den Verkauf einer Sache restituirt worden ist, dem Käufer den empfangenen Kaufpreis nicht zurückzugeben, falls er das Geld verschwendet hat [16].

---

[7] l. 13. § 1. l. 14. D. de min. 4, 4; l. 9. pr. eod.; l. 1. C. si adv. pign. 2, 29; l. 39. pr. D. de ev. 21, 2. — [8] l. 3. D. de i. i. r. 4, 1. — [9] l. 24. § 4. l. 27. § 1. D. de min. 4, 4. — [10] l. 9. §§ 3. 4. D. quod. met. 4, 2; l. 13. § 1. D. de min. 4, 4; l. 28. §§ 5. 6. D. ex qu. c. maj. 4, 6; l. 46. § 3. D. de proc. 3, 3; l. 7. § 3. D. quod falso 27, 6. — [11] l. 24. § 4. D. de min. 4, 4; l. 29. D. ex qu. c. 4, 6; l. 1. pr. C. de reput. 2, 48. — [12] l. 50. D. de min. 4, 4; l. 26. §§ 7. 8. D. ex qu. c. maj. 4, 6. — [13] l. 27. § 1. l. 50. D. de min. 4, 4; l. 19. D. de nov. 46, 2. — [14] l. 40. l. 48. D. de min. 4, 4; l. 23. § 2. l. 28. § 6. D. ex qu. c. maj. 4, 6. — [15] l. 27. § 1. l. 24. § 4. l. 40. § 1. l. 47. § 1. D. de min. 4, 4; l. 39. § 1. eod.; l. 98. § 2. D. de sol. 46, 3. — [16] l. 32. § 4. D. de adm. 26, 7; l. 27. § 1. D. de min. 4, 4.

Zweites Buch.

Das Recht des Besitzes.

t. D. XLI, 2: de acquirenda vel amittenda possessione. — t. C. VII, 32: de acquirenda et retinenda possessione. — v. Savigny, das Recht des Besitzes. 7. Auflage, 1865. — Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848. — Ihering, Beiträge zur Lehre vom Besitz. 2. Auflage. 1869.

Erstes Capitel.

1) § 112. Begriff und rechtliche Bedeutung.

Vangerow, § 198.

I. Begriff. Regelmäßig ist der Besitz (seit Savigny gewöhnlich juristischer Besitz genannt) die thatsächliche Gewalt einer Person über eine körperliche Sache, verbunden mit dem Willen der Person, die Sache vollständig für sich zu haben (animus possidendi, affectio possidendi, tenendi [1], bei den Byzantinischen Juristen ψυχὴ δεσπόζοντος, bei den Neueren animus domini). Ein solcher Wille ist nur im Eigenthümer, im sogenannten redlichen und unredlichen Besitzer einer Sache vorhanden; diese drei Personen heißen auch ursprüngliche juristische Besitzer (im Gegensatz zu den abgeleiteten Besitzern, unten sub II c.). Wer die thatsächliche Gewalt über eine Sache hat, aber jenes Willens ermangelt, heißt ihr Inhaber (detentor), er hat die Sache in Gewahrsam (Detention, natürlichem Besitz), er ist in possessione rei; kein Gewicht wird darauf gelegt, ob der Inhaber die Sache nach einer einzelnen Richtung hin beherrschen will, (z. B. ob er sie benutzen will, wie der Miether, Commodatar) oder nicht (wie der Depositar, oder Derjenige, der die Sache kraft Mandats in Händen hat [2]); vielmehr haben alle diese Personen nicht den juristischen Besitz der Sache.

II. Die rechtliche Bedeutung des Besitzes ist eine doppelte.

1. Der juristische Besitzer wird nach classischem Römischen Rechte gegen Eigenmacht und Vertrauensbruch geschützt (§ 120 sq.); dieser Schutz bildet das ius possessionis (unten N. 8). In dieser Beziehung ist es gleichgiltig, auf welche Weise der Besitzer den Besitz erworben

---

[1] l. 1. §§ 3. 20. l. 3. §§ 1. 3. l. 8. l. 18. § 3. D. h. t. 41, 2; l. 3. C. h. t. 7, 32. — [2] § 5. I. de int. 4, 15.

hat[3]: der iniustus possessor (vitiosa possessio) d. h. Derjenige, welcher den Besitz gewaltsam oder heimlich (vi, clam) erlangt, oder welcher ihn bittweise bis zum Widerruf (precario) erhalten und trotz des Widerrufs nicht zurückgegeben hat[4], genießt nicht minder den Schutz als der iustus possessor d. h. Derjenige, welcher fehlerfrei den Besitz erworben hat: in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat. Die Klagen zum Schutze des Besitzers sind die interdicta retinendae und recuperandae possessionis; daher heißt der juristische Besitz auch Interdictenbesitz.

2. *Der juristische Besitz dient als Mittel zum Erwerb der Rechte an einer Sache, namentlich des Eigenthums*, d. h. in vielen Fällen ist, um ein Recht an einer Sache zu erwerben, abgesehen von anderen Erfordernissen, die Ergreifung des Besitzes oder gar dessen Fortsetzung während einer gewissen Frist erforderlich; es gehören hierher: die Erwerbung durch Occupation, Tradition, Ersitzung (§§ 131. 137. 140); um der letzteren Erwerbungsart willen spricht man oft von Ersitzungsbesitz, Usucapionsbesitz. In allen diesen Beziehungen ist die Weise der Besitzergreifung nicht gleichgiltig, sie muß vielmehr fehlerfrei erfolgen[5]; um die Umgehung dieses Erfordernisses zu verhüten, ward die in § 143 zu erklärende Regel aufgestellt: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest[6].

Die zweite Bedeutung des Besitzes gehört in die folgenden Capitel, gegenwärtig soll seine erste Bedeutung dargestellt werden. Drei Punkte sind hier zu erörtern:

a. *Welches ist der Grund des Besitzschutzes?* Wie ist es zu erklären, daß selbst der unrechtmäßige Besitzer gegen Eigenmacht und Vertrauensbruch geschützt wird? Die Meinungen der Schriftsteller gehen weit auseinander; die am meisten verbreiteten sollen hier angegeben werden. Die Einen sehen den Grund des Besitzschutzes in dem Verbot der Eigenmacht; die Staatsordnung garantirt den Menschen den bürgerlichen Frieden; die Eigenmacht ist im Widerspruch hiermit, selbst wenn sie zur Geltendmachung eines Rechts angewendet wird; sie ist ein Unrecht gegen die Person, welches durch den Besitzschutz wieder gut gemacht werden soll. Andere sehen den Grund des Besitzschutzes in dem Willen der Person, als dessen thatsächliche Verkörperung sich der Besitz darstellt: dieser Wille, gleichviel ob berechtigt oder nicht, verdient den Schutz gegen Eigenmacht und Vertrauensbruch, sei es (wie Einige sagen) weil er der Wille eines Rechtsfähigen, also möglicherweise ein rechtlicher ist, sei es (wie Andere sagen) weil er nicht der Willkür Anderer zu weichen braucht. Aeltere Schriftsteller setzen den Besitz in Beziehung zum Eigenthum, sie sehen im Besitz ein präsumtives Eigenthum; es bestehe eine Vermuthung, daß der Besitzer zugleich Eigenthümer sei. In der neuesten Zeit ist die Beziehung des Besitzes zum Eigenthum anders gefaßt worden: der Besitzschutz sei um des Eigenthümers willen eingeführt worden, nämlich um ihn überall, wo

---

[3] l. 7. §§ 3. 4. D. comm. div. 10, 3; l. 2. D. uti poss. 43, 17; l. 3. § 5. l. 11. D. h. t. 41, 2. — [4] l. 13. § 1. D. de Publ. a. 6, 2; l. 22. § 1. D. de nox. act. 9, 4. — [5] l. 5. l. 33. D. h. t. 41, 2. — [6] l. 2. § 1. D. pro her. 41, 5; l. 33. § 1. D. de usurp. 41, 3.

ihm die Sache ohne seinen Willen entzogen ist, von dem schwierigen Beweise des Eigenthums zu befreien, dieses Ziel habe nicht anders erreicht werden können, als indem man zugleich dem Nichteigenthümer, ja sogar dem Diebe einen gleichen Schutz angedeihen ließ. Die Quellen des Römischen Rechts geben über die Streitfrage keine directe Auskunft, doch muß bemerkt werden, daß die Römischen Rechtsvorschriften über den Besitz sehr oft denen über das Eigenthum nachgebildet sind (vgl. §§ 114—116), so daß die zuletzt angeführte Meinung Vieles für sich hat.

b. *Ist der Besitz ein Factum oder ein Recht?* Bei Beantwortung dieser Streitfrage kann nicht darauf zurückgegangen werden, ob der Besitz in einem concreten Falle rechtmäßig ist oder nicht, denn der Schutz gegen Eigenmacht und Vertrauensbruch wird *jedem* Besitzer zu Theil, selbst dem unrechtmäßigen. Eben deshalb kann man dem Besitz als solchen den Charakter des Rechts nicht beilegen. Zwar ist hiergegen eingewendet worden, daß die Eigenmacht und der Vertrauensbruch nur dadurch ein Unrecht enthalten, daß sie ein vorhandenes Recht verletzen, und daß mithin der Schutz gegen Eigenmacht und Vertrauensbruch das Dasein eines Rechts beweise; allein das gegen die Eigenmacht geschützte Recht ist nicht der Besitz, sondern je nach den verschiedenen Theorien über den Grund des Besitzschutzes: der Frieden der Person, die Willensfreiheit, das präsumtive Eigenthum, das Eigenthum. Mit anderen Worten: *der Besitz ist nicht an sich ein Recht, aber weil seine Schädigung stets oder möglicherweise die Schädigung eines Rechts enthält, so genießt der Besitzer Schutz behufs Aufrechterhaltung des Factum.* Mehrfach wird denn auch in den Quellen der Besitz ein Factum genannt[7]; daneben bezeichnen sie den Anspruch des Besitzers auf Schutz als ius possessionis[8]; aber sie gehen noch weiter und schreiben dem Besitze selbst ein Rechtselement zu (possessio non tantum corporis, sed et iuris est; possessio plurimum ex iure mutuatur[9]); das hat darin seinen Grund, daß die Regeln des Römischen Rechts über die Möglichkeit, den Erwerb, den Verlust des Besitzes nicht überall seiner factischen Natur gemäß sind, vielmehr wird *vielfach* Besitz als vorhanden angenommen, wo er thatsächlich nicht vorhanden ist, und umgekehrt vielfach geleugnet, trotzdem er thatsächlich vorhanden ist; in diesen Fällen ist also der Besitz kein *thatsächliches* Verhältniß. Das wird in den folgenden §§ bestätigt werden.

c. Der oben aufgestellte Begriff des Besitzes kommt nicht immer rein zur Anwendung, denn in den Quellen wird mehrfach solchen Personen, die bloß die Gewahrsam und keinen Besitzwillen haben, der juristische Besitz zugeschrieben (*dieser hat in neuerer Zeit den Namen „abgeleiteter Besitz“ erhalten*):

α. Dem Faustpfandgläubiger. Bezüglich seiner heißt es in den Quellen, es sei der Besitz zwischen ihm und dem Verpfänder getheilt, der letztere besitze zum Zweck der Ersitzung, der erstere in jeder anderen Hin-

[7] l. 1. § 3. D. h. t. 41, 2; l. 19. D. ex. qu. c. maj. 4, 6. — [8] l. 44. pr. D. h. t. 41, 2; l. 2. D. uti poss. 43, 17; l. 2. § 38. D. ne quid in loco pub. 43, 8; l. 5. § 1. D. ad l. Jul. de vi pub. 48, 6. — [9] l. 49. pr. § 1. D. h. t. 41, 2.

sicht[10]. Ob der hypothekarische Gläubiger, falls das Pfand in seine Hände gelangt, gleichfalls als Besitzer anzusehen, das ist bestritten, mehrere Quellenzeugnisse[11] deuten die bejahende Meinung an.

β. Dem Precaristen d. h. Demjenigen, der auf seine Bitten (preces) eine Sache unentgeltlich zur Benutzung erhalten hat, unter der Abrede, daß der Leiher sie in jedem Augenblick zurückfordern dürfe. Bezüglich des Precaristen wird in den Quellen[12] der Inhalt der Bitte und ihrer Gewährung für maßgebend erklärt. Der Precarist ist nämlich Inhaber oder Besitzer, je nachdem seine Bitte resp. deren Gewährung auf Gewahrsam oder Besitz gerichtet war (si precatus est, ut in possessione esset — ut possideret); aber selbst in letzterem Fall gilt bezüglich der Ersitzung der Verleiher als der Besitzer[13], so daß der Besitz zwischen ihm und dem Precaristen getheilt ist (wie bei α).

γ. Dem Sequester, d. h. Demjenigen, bei welchem eine streitige Sache vom Richter oder von den Streitenden deponirt worden ist; bezüglich seiner wird in den Quellen[14] der Wille der Deponenten für maßgebend erklärt; der Sequester ist nämlich Inhaber oder Besitzer, je nachdem bestimmt wird, daß die Zeit, wo er die Sache in Händen hat, der siegenden Partei behufs Ersitzung der Sache angerechnet werden soll, oder nicht; in letzterem Fall ist der Sequester voller Besitzer, eine Theilung des Besitzes (wie bei α. β) findet nicht statt.

δ. Viele Juristen stellen hierher noch den Emphyteuta und den Superficiar; es wird später gezeigt werden, daß bloß der Emphyteuta hierher gehört (§§ 182. 183).

Die eben aufgeführten Fälle erklärt die herrschende Meinung dadurch, daß der eigentliche Besitzer sein ius possessionis (seinen Anspruch auf Schutz gegen Eigenmacht) auf einen Anderen übertragen habe; sie nennt deshalb den letzteren: einen abgeleiteten Besitzer. Allein diese Behauptung ist nur bezüglich des Precaristen und Sequester richtig, denn diese besitzen nur dann, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist; in den übrigen Fällen ist nichts vorhanden, was die herrschende Meinung bestätigte; der abgeleitete Besitz gehört deshalb zu den juristischen Räthseln.

2) § 113. Sprachgebrauch der Quellen.

Vangerow, § 199.

Unstreitig wird in den Quellen der Ausdruck possidere, possessio in dem Sinne genommen, in welchem heut Besitzen, juristischer Besitz; ferner die Ausdrücke in possessione esse, tenere, detinere, rei insistere, corpore rem contingere, in dem Sinn von Innehaben, Gewahrsam. Daneben kommen in den Quellen die Bezeichnungen civiliter possidere, civilis possessio und naturaliter possidere, naturalis possessio vor,

---

[10] l. 1. § 15. l. 36. D. h. t. 41, 2; l. 16. D. de usurp. 41, 3; cf. l. 15. § 2. D. qui sat. 2, 8; l. 35. § 1. l. 37. D. de pign. act. 13, 7; l. 40. pr. D. h. t. 41, 2. — [11] l. 10. D. de pign. 20, 1; l. 66. pr. D. de ev. 21, 2; l. 3. C. de pign. 8, 14. — [12] l. 10. § 1. D. h. t. 41, 2; l. 2. § 3. l. 4. § 1. l. 6. § 2. D. de prec. 43, 26. — [13] l. 3. § 5. D. h. t. 41, 2; l. 15. § 4. D. de prec. 43, 26. — [14] l. 39. D. h. t. 41, 2; l. 17. § 1. D. dep. 16, 3.

namentlich wird civilis poss. abgesprochen und naturalis poss. zugeschrieben dem Sklaven, dem beschenkten Ehegatten, dem Pfandgläubiger, dem Besitzer einer zusammengesetzten Sache hinsichtlich des von ihm eingefügten fremden Theiles [1]. Die herrschende Meinung versteht unter civilis possessio den Ersitzungsbesitz, unter naturalis possessio bald denjenigen juristischen Besitz, welcher nicht Ersitzungsbesitz ist (d. h. also den Interdictenbesitz), bald die bloße Gewahrsam. Nach einer zweiten Meinung bedeutet civilis poss. den ursprünglichen juristischen Besitz (mit dem sog. animus domini, § 112. I), vorausgesetzt, daß er ohne civilrechtlichen Mangel ist, naturalis poss. denjenigen ursprünglichen juristischen Besitz, welcher civilrechtlich gemißbilligt ist (wie der des beschenkten Ehegatten, § 347), ferner den abgeleiteten Besitz und endlich die Gewahrsam. Nach einer dritten Meinung hat civilis poss. eine doppelte Bedeutung; es werde mit diesem Ausdruck einmal der juristisch anerkannte Besitz bezeichnet im Gegensatz zum nicht anerkannten (zur Gewahrsam, zum Besitz der besitzunfähigen Personen und an des Besitzes unfähigen Sachen, §§ 114. 115), sodann der juristisch gebilligte Besitz im Gegensatz zum gemißbilligten Besitz (dem des beschenkten Ehegatten). Die herrschende Meinung dürfte die richtige sein; nur muß man die civilis possessio nicht bloß dem Ersitzenden, sondern auch dem Eigenthümer, welcher seine Sache besitzt, zuschreiben. — Eine Nebenbedeutung von possessor ist die des Verklagten in einer in rem actio [2]; eine andere von possessio ist die des Grundeigenthums [3].

Zweites Capitel.

Die Möglichkeit des Besitzes.

1) § 114. Die subjective Fähigkeit zum Besitz.

Vangerow, §§ 200. 204.

Die Regeln über die subjective Fähigkeit zu besitzen enthalten vielfach eine Abweichung von der factischen Natur des Besitzes; genau genommen sollte Jeder des Besitzwillens Fähige, und nur er des Besitzes fähig sein; allein in Parallelisirung von Besitz und Eigenthum (§ 112 II. a) ward vielmehr der Grundsatz aufgestellt: der des Eigenthums Fähige resp. Unfähige ist auch des Besitzes fähig resp. unfähig. Daher:

1. Sind des Besitzes unfähig: a) nach altem Civilrecht die Sklaven und Hauskinder [1]. b) Im Justinianischen Recht ist die Lage der Sklaven dieselbe geblieben, dagegen ist das Hauskind bezüglich der bona castrensia, quasi castrensia, adventicia des Besitzes fähig [2], bezüglich des sog. peculium profecticium des Besitzes unfähig [3]. Heutzutage, wo

[1] l. 24. D. h. t. 41, 2; l. 38. § 7. D. de v. o. 45, 1; l. 26. pr. D. de d. i. v. e. u. 24, 1; l. 3. § 15. l. 7. § 1. D. ad exh. 10, 4; l. 1. §§ 9. 10. D. de vi 43, 16. — [2] l. 62. D. de jud. 5, 1; l. 16. §§ 4. 7. l. 35. D. de h. p. 5, 3; l. 8. § 3. D. si serv. 8, 5. — [3] l. 78. D. de v. s. 50, 16.

[1] l. 49. § 1. D. h. t. 41, 2; Gai. 2, 89. — [2] § 1. I. per quas pers. 2, 9; l. 4. § 1. D. de usurp. 41, 3. — [3] l. 1. § 5. D. h. t. 41, 2; l. 93. D. de r. j. 50, 17.

das peculium profecticium kein praktisches Institut mehr ist (§ 360), sind alle Personen besitzfähig.

2. Es sind des Besitzes fähig selbst Kinder, Wahnsinnige, juristische Personen [4], trotzdem sie selbst keinen animus domini haben; sie können nämlich von ihren Vormündern resp. Vorständen vertreten werden. Bei den Kindern wurden noch zwei durchaus anomale Bestimmungen getroffen: a) sie können tutore auctore den Besitz erwerben [5], — ein höchst auffallender Rechtssatz, weil die tutoris auctoritas in der Regel nur bei Veräußerungen und Verpflichtungen von infantia maiores resp. von Frauen, die unter Tutel stehen, vorkommt (§ 380). Mit der tutoris auctoritas ist dieser Rechtssatz heut geschwunden. b) Sie können den Besitz allein und ohne Mitwirkung ihres Vormundes, also solo corpore erwerben [6].

2) § 115. Die Besitzobjecte.

Vangerow, §§ 201. 204.

I. Besitzobject ist nur die körperliche Sache [1]; dieselbe kann in dem Besitz Einer Person oder Mehrerer sein [2]; in letzterem Fall (sog. compossessio, Mitbesitz nach ideellen Theilen) wird vorausgesetzt, daß die Theile, zu welchen die Sache von den Einzelnen besessen werden soll, bestimmt, sowie daß sie den Personen, die den Mitbesitz haben wollen, bekannt seien [3], weil es sonst dem Besitzwillen an der erforderlichen Bestimmtheit fehlt; sind die Theile sämmtlichen Personen unbekannt, so ist die Sache streng genommen besitzlos, und diese Consequenz wird, trotzdem sie vom praktischen Standpunkt aus bedenklich ist, in der That in den Quellen gezogen [4]. — Von dem Mitbesitz Mehrerer nach ideellen Theilen ist der Besitz Mehrerer an der ganzen Sache (possessio plurium in solidum) zu trennen. Dieser ist unmöglich, da der Besitz Eines an der ganzen Sache den eines Anderen ausschließt [5]. Trotzdem nahmen einige römische Juristen einen solchen in dem Falle an, daß Jemand den Besitz einer Sache durch Eigenmacht verloren hatte [6], indem sie den gegenwärtigen Besitzer als iniustus possessor und ihm gegenüber den bisherigen Besitzer als iustus possessor bezeichneten. So verwerflich nun diese Meinung ist (denn der iustus possessor ist in Wahrheit Nichtbesitzer), so ist sie doch von praktischen Folgen gewesen: auf ihr ruht die sog. recuperatorische Natur des interdictum uti possidetis (§ 120 unter 1. b) — Ist die besessene Sache eine zusammengesetzte, so entsteht die Frage, ob bloß das Ganze oder auch ihre reellen Theile d. h. die einzelnen Sachen, aus denen sie zusammengesetzt ist, Besitzobjecte sind, m. a. W. ob der Besitzer einer zusammengesetzten Sache bloß an dieser selbst oder zugleich daneben an ihren Bestandtheilen den Besitz habe — ein Umstand, welcher für die Ersitzung wichtig ist. Bei Beantwortung dieser sehr streitigen

---

[4] l. 1. §§ 20. 22. l. 2. D. h. t. 41, 2. — [5] l. 32. § 2. D. h. t. 41, 2. — [6] l. 3. C. h. t. 7, 32.

[1] l. 3. pr. D. h. t. 41, 2. — [2] l. 26. D. h. t. 41, 2. — [3] l. 3. § 2. l. 26. D. h. t. 41, 2. — [4] l. 32. § 2. D. de usurp. 41, 3. — [5] l. 3. § 5. D. h. t. 41, 2; l. 5. § 15. D. comm. 13, 6. — [6] l. 3. § 5. D. h. t. 41, 2; l. 3. pr. D. uti poss. 43, 17.

Frage sind zwei Fälle zu unterscheiden: Wer eine zusammengesetzte Sache in Besitz nimmt, hat den Besitzwillen nur auf das Ganze gerichtet und deshalb wird nur dieses Besitzobject; wer hingegen zwei Sachen besitzt und sie hierauf zusammenfügt, setzt den Besitz an jeder fort. Wer daher ein Haus vom Nichteigenthümer kauft und in Besitz nimmt, ersitzt das Ganze in der für Immobilien bestimmten Frist und nicht etwa den Boden in der für Immobilien, die Baumaterialien in der für Mobilien bestimmten Frist[7]; denn er besitzt nur das Ganze, nicht auch besonders die Theile. Wer aber ein Haus besitzt und darein fremde Materialien verbaut, deren Ersitzung er bereits begonnen hatte, setzt Besitz und Ersitzung der letzteren fort und vollendet die Ersitzung in der für Mobilien bestimmten Frist[8]. — Die reellen Theile einer einfachen beweglichen Sache (Stein, Balken, § 37 unter I) sind nicht selbständige Besitzobjecte, wohl aber die einer unbeweglichen Sache[9], daraus folgt, daß eine einfache bewegliche Sache nur ganz oder gar nicht ersessen werden kann, hingegen eine unbewegliche kann es sowohl ganz als stückweise.

II. Besitzobjecte können nicht sein:

1. Der freie Mensch[10], gleichwie er kein Eigenthumsobject ist; selbst das Hauskind ist kein Besitzobject für den Vater[11].

2. Sachen außerhalb des Verkehrs[12]: an den res omnium communes ist eine Herrschaft der einzelnen Menschen überhaupt unmöglich; an den res divini iuris ist der Besitz ausgeschlossen, wie sie ja auch dem Eigenthum entzogen sind; endlich die res publicae in publico usu stehen zwar im Eigenthum des Staates oder der Gemeinde, allein mit dem gemeinen Gebrauch ist ein Besitz, sei es des Eigenthümers sei es von Einzelnen unverträglich, und daher gilt er, selbst wenn er thatsächlich vorhanden sein sollte, als nicht vorhanden.

3. Die Rechte, (die sog. unkörperlichen Sachen[13]); doch finden sich schon im späteren classischen Rechte die Anfänge eines Rechtsbesitzes und seit dem Mittelalter hat sich eine vollständige Theorie des Rechtsbesitzes entwickelt (§ 173).

Drittes Capitel.

Erwerb und Verlust des Besitzes.

I. § 116. Erwerb des Besitzes.

Vangerow, § 203.

D e r B e s i t z i s t d a n n e r w o r b e n, w e n n d i e b e i d e n E l e m e n t e, d e r e n V e r e i n i g u n g s e i n W e s e n b i l d e n, n ä m l i c h d e r B e s i t z w i l l e u n d d i e t h a t s ä c h l i c h e G e w a l t d e r P e r s o n ü b e r

---

[7] l. 23. pr. D. de usurp. 41, 3. — [8] l. 30. § 1. D. de usurp. 41, 3. — [9] l. 26. l. 43. pr. D. h. t. 41, 2; l. 8. D. de r. v. 6, 1. — [10] l. 23. § 2. D. h. t. 41, 2. — [11] l. 1. § 8. D. h. t. 41, 2. — [12] l. 30. § 1. D. h. t. 41, 2; l. 1. § 22. eod. — [13] l. 3. pr. D. h. t. 41, 2; l. 4. § 27. D. de usurp. 41, 3.

die *Sache in einer bestimmten Person zusammentreffen*: adipiscimur possessionem animo et corpore[1].

1. Der Besitzwille ist in der Regel der Wille, die Sache so zu haben, wie ein Eigenthümer sie haben darf (sog. animus domini); in den Fällen des abgeleiteten Besitzes ist er nach der herrschenden Meinung der Wille, das Recht des Besitzes eines Anderen zu erwerben; richtiger ist es, zu behaupten, daß der Inhalt des Besitzwillens sich nach den einzelnen Fällen des abgeleiteten Besitzes richtet.

2. Die Handlung, wodurch die thatsächliche Gewalt der Person über die Sache hergestellt wird, heißt im Allgemeinen Apprehension, Besitzergreifung; sie heißt Tradition, Uebergabe, wenn die Sache bereits einen Besitzer hat und die Besitzergreifung mit dessen Willen erfolgt; sie heißt Occupation oder einseitige Besitzergreifung einmal dann, wenn die Sache keinen Besitzer hat, sowie dann, wenn sie zwar einen Besitzer hat, aber die Besitzergreifung ohne seinen Willen geschieht; sie ist überflüssig, wenn Derjenige, der den Besitz erwerben will, schon die Detention der Sache hat[2]; in diesem Falle sprechen die Neueren, wenn der bisherige Besitzer einwilligt, von brevi manu traditio. Frägt man nun, welche Thatsachen erforderlich sind, um die Gewalt der Person über die Sache herzustellen, so ist soviel gewiß, daß weder bei Mobilien das Berühren, noch bei Immobilien das Betreten nöthig ist[3]; vielmehr genügt zur Uebergabe einer Sache, daß der Tradent dieselbe dem Besitzerwerber vorzeigt, mit der Aufforderung, sich ihrer zu bemächtigen[4] (sog. longa manu traditio); ferner zur Uebergabe einer beweglichen Sache, daß der Tradent sie in der Behausung des Besitzerwerbers niederlegt[5]; ferner zur Uebergabe einer in einem Speicher lagernden Waare, daß der Tradent dem Besitzerwerber die Schlüssel zum Speicher vor demselben übergibt[6]. Dagegen wird der Besitz einer vergrabenen Sache erst dann erworben, wenn sie ausgegraben ist; der Besitz eines angeschossenen Thieres erst, wenn es gefangen ist; der Besitz eines Thieres, zu dessen Einfangung eine Schlinge gelegt ist, dann, wenn es sich in der Schlinge gefangen hat; der Besitz des Bienenschwarms, welcher sich auf einem Baume ansetzt, erst dann, wenn man ihn in einen Bienenstock hineingetrieben hat[7]. Auf Grund dieser Quellenentscheidungen stellt die fast allgemeine Meinung die Regel auf: *die Besitzergreifung liegt in der Herstellung eines solchen Verhältnisses der Person zur Sache, daß die Person die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit hat, nach Belieben auf die Sache einzuwirken und jede fremde Einwirkung auf die Sache zu verhindern*. Allein diese unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit ist nach den Quellenentscheidungen weder zur Besitzergreifung genügend (so in dem Fall des Bienenschwarms), noch auch erforderlich (so in dem Falle der in der Behausung des ab-

---

[1] l. 3. § 1. l. 8. D. h. t. 41, 2. — [2] l. 3. § 3. D. h. t. 41, 2; l. 9. § 9. D. de r. c. 12, 1. — [3] l. 1. § 21. D. h. t. 41, 2. — [4] l. 18. § 2. l. 1. § 21. l. 51. D. h. t. 41, 2; l. 79. D. de sol. 46, 3. — [5] l. 18. § 2. D. h. t. 41, 2; l. 9. § 3. D. de j. d. 23, 3. — [6] l. 74. D. de c. e. 18, 1; l. 9. § 6. D. de a. d. 41, 1; l. 1. § 21. D. h. t. 41, 2. — [7] l. 3. § 3. D. h. t. 41, 2; l. 5. § 1. l. 55. l. 5. § 2. D. de a. d. 41, 1.

wesenden Besitzerwerbers niedergelegten Sache, ferner in dem Fall des in der Schlinge gefangenen Thieres); und man muß vielmehr die Regel aufstellen: *die Besitzergreifung liegt in der Behandlung einer Sache durch eine Person in der Weise, wie ein Eigenthümer seine Sache zu behandeln pflegt*: Omnia ut dominum gessisse oportet[8]; die Besitzergreifung richtet sich also nach den einzelnen Sachen: vielfach ist die Herstellung eines Näheverhältnisses nothwendig (so bei Immobilien, bei einer vergrabenen Sache), vielfach eine Anstalt (so bei Sachen, die aufbewahrt zu werden pflegen), vielfach ein körperliches Ergreifen (so bei angeschossenen Thieren, bei dem auf einem Baume sich ansetzenden Bienenschwarm); bei Schiffsladungen aber genügt es, daß sie auf dem Löschungsplatze Namens des Besitzerwerbers ausgeladen, bei Baumaterialien und bei Dünger, daß sie auf dem Bauplatze, auf dem Acker Namens des Besitzerwerbers abgeladen sind.

§ 117. Insbesondere durch einen Stellvertreter.

Hauser, Stellvertretung im Besitze. 1871. — *Vangerow*, § 205.

Die Thatsachen, welche den Besitzerwerb herbeiführen, brauchen nicht oder nicht immer in der Person des Besitzerwerbers einzutreten: es kann Jemand den Besitz durch einen Stellvertreter erwerben[1].

1. *Im Besitzwillen ist regelmäßig die Stellvertretung unzulässig*[2]; ausnahmsweise ist sie hinsichtlich derjenigen Personen zulässig, welche des Besitzwillens unfähig sind (Kinder, Wahnsinnige, juristische Personen, s. § 114), sodann hinsichtlich aller Bevormundeten (diese werden durch den Vormund vertreten[3]); endlich in einem heut unpractischen Fall, nämlich hinsichtlich des Hausvaters und Sklavenherrn, welcher beim Besitzerwerb an Sachen, die ins peculium profecticium treten sollen, vom Hauskind oder Sklaven vertreten wird[4].

2. *In der Besitzergreifung ist die Stellvertretung allgemein zulässig*, d. h. es können nicht bloß diejenigen Personen vertreten werden, deren Vertretung im Besitzwillen zulässig ist, sondern *Jedermann* kann einen Anderen mit der Besitzergreifung beauftragen und er erwirbt den Besitz in dem Augenblick, wo der Stellvertreter die Gewalt über die Sache erlangt, ohne daß eine Kunde hievon an ihn zu kommen braucht: possessio per procuratorem ignoranti quaeritur[5]. Streitig ist, ob bei der Ertheilung des Auftrages die in Besitz zu nehmende Sache vom Auftraggeber bestimmt bezeichnet werden muß, oder ob deren Bestimmung resp. Auswahl dem Beauftragten überlassen werden kann (wie man es gewöhnlich ausdrückt: ob ein Specialmandat erforderlich oder ein Generalmandat genügend ist). Da die Quellen auf den Umfang des ertheilten Auftrages kein Gewicht legen[6], so ist *jeder* Auftrag genügend.

---

[8] l. 2. C. h. t. 7, 32.

[1] l. 20. § 2. l. 53. D. de a. d. 41, 1; § 5. I. per quas pers. 2, 9; l. 1. C. eod. 4, 27. — [2] l. 3. § 12. D. h. t. 41, 2; Paul. sent. rec. V, 2. § 1. — [3] l. 1. §§ 20. 22. l. 2. D. h. t. 41, 2; l. 13. § 1. D. de a. d. 41, 1. — [4] l. 1. § 5. l. 3. § 12. l. 24. l. 44. § 1. D. h. t. 41, 2. — [5] l. 49. § 2. D. h. t. 41, 2; l. 47. D. de usurp. 41, 3; l. 1. C. h. t. 7, 32; § 5. I. per quas pers. 2, 9. — [6] l. 13. pr. l. 20. § 2. l. 53. D. de a. d. 41, 1; l. 42. § 1. D. h. t. 41, 2.

— Regelmäßig wird vorausgesetzt, daß der Stellvertreter bei der Besitzergreifung den Willen hat, den Besitz für den Vertretenen zu erwerben (animus alieno nomine possidendi[7]). Hiervon gab es im Römischen Recht folgende, heute unpraktische Ausnahme: Die Sache, deren Gewalt das Hauskind und der Sklave bei der Peculienverwaltung erlangt, besitzt der Hausvater resp. Herr, wenngleich das Hauskind resp. der Sklave sie nicht für jenen sondern für sich besitzen will[8]. Von Vielen wird noch eine zweite, im heutigen Rechte anwendbare Ausnahme behauptet: Wenn Jemand den Besitz einer Sache einem Anderen übergeben will und der letztere sich zur Empfangnahme der Sache eines Stellvertreters bedient, so erwerbe er den Besitz selbst dann, wenn der Stellvertreter den Willen ausgesprochen hat, den Besitz nicht im Namen des Auftraggebers zu erwerben; in der That ist dieser Satz in einem Quellenzeugniß enthalten[9], allein in einem anderen[10] wird er geleugnet; die Hebung dieser Antinomie ist trotz mannigfacher Versuche noch nicht gelungen; aus inneren Gründen empfiehlt sich die letztere Meinung. — Ein Fall des Besitzerwerbs durch Stellvertreter, welcher von besonderer Beschaffenheit ist, wird seit dem Mittelalter constitutum possessorium genannt. Wenn nämlich der bisherige juristische Besitzer erklärt, fortan die Sache im Namen eines Anderen, der den Besitz erwerben will, besitzen zu wollen, so bedarf es überhaupt keiner Besitzergreifung (z. B. Jemand schenkt einem Anderen eine Sache und miethet sie zugleich von ihm)[11].

II. § 118. Verlust des Besitzes.

Leist, über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und Rechtsaufhebungsact. 1876. — Vangerow, §§ 207. 208.

Auf Grund des Ausspruchs von Paulus[1] „quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est“ lehrt man fast allgemein, daß die Voraussetzungen der Fortdauer des Besitzes andere als die seines Erwerbes seien; der Besitz dauere fort, so lange das Verhältniß unmittelbarer Herrschaft nach Willkür reproducirt werden könne; verloren werde er erst dann, wenn eines der beiden Besitzelemente oder beide ins Gegentheil verkehrt seien, d. h. wenn entweder der Besitzwille aufgegeben oder die willkürliche Einwirkung der Person auf die Sache ganz unmöglich geworden sei. Allein der Ausspruch von Paulus findet sich bei keinem anderen Römischen Juristen[2] noch in einer Kaiserconstitution wieder, auch ist er mit den Entscheidungen der Quellen über den Verlust des Besitzes nicht im Einklang. Danach wird nämlich der Besitz an der zur Herbstzeit vom Besitzer verlassenen Alpe (saltus hiberni) nicht verloren[3], trotzdem diesem zur Winterszeit die Einwirkung auf das Grund-

---

[7] l. 1. §§ 19. 20. D. h. t. 41, 2. — [8] l. 1. § 5. l. 3. § 12. l. 4. l. 24. D. h. t. 41, 2. — [9] l. 13. D. de don. 39, 5. — [10] l. 37. § 6. D. de a. d. 41, 1. — [11] l. 18. pr. D. h. t. 41, 2; l. 77. D. de r. v. 6, 1; l. 28. l. 35. § 5. C. de don. 8, 54.

[1] l. 8. D. h. t. 41, 2; l. 153. D. de r. j. 50, 17. — [2] cf. l. 44. § 3. D. h. t. 41, 2. — [3] l. 3. § 11. l. 44. § 2. i. f. D. h. t. 41, 2; l. 1. § 25. D. de vi 43, 16.

stück ganz unmöglich ist; der Besitz an einer in die Tiefe des Flusses gefallenen Sache, an einem verirrten Thier wird nicht verloren, sobald jene *sofort* wieder heraufgezogen, dieses *sofort* gesucht und gefunden wird[4]; der Besitz an entlaufenen wilden Thieren wird nicht verloren, solange ihre Wiedereinfangung nicht schwierig ist[5]; der Besitz an Thieren, welche die Gewohnheit zurückzukehren haben, wird nicht dadurch verloren, daß sie sich zeitweilig entfernen[6]; der Besitz an Wild im Thierpark, an Fischen in der Piscina dauert fort, wenngleich wegen der Größe des Parks resp. der Piscina die willkürliche Einwirkung auf ein bestimmtes Thier ganz unmöglich ist[7]; der Besitz wird nicht verloren durch das Verlegen der Sache, der Besitz an einer vergrabenen Sache nicht dadurch, daß der Vergrabende den Ort, wo sie liegt, zeitweilig vergißt[8]; der Besitz an einem Sklaven, welcher als ein Freier zu leben beginnt, geht nicht sofort verloren, erst dann tritt der Besitzverlust ein, wenn er *lange Zeit* als Freier lebt[9]. Umgekehrt wird der Besitz verloren, trotzdem das Verhältniß der unmittelbaren Einwirkung reproducirt werden kann; so geht der Besitz eines Grundstücks verloren, wenn der Besitzer lange Zeit sich darum nicht bekümmert, sei es aus Nachlässigkeit oder aus schuldloser Abwesenheit[10]; ferner, wenn der Verpächter nach dem Tode des Pächters das Grundstück lange Zeit ohne Obhut läßt[11]. Diesen Quellenentscheidungen entspricht folgende Regel: *der Besitz dauert so lange fort, als der Besitzer die Sache im eigenen Namen so behandelt, wie ein Eigenthümer sie zu behandeln pflegt: er geht (corpore) verloren, wenn der Besitzer diese Behandlung freiwillig oder unfreiwillig unterläßt*[12]; *er geht (animo) verloren, wenn er die Sache nicht mehr besitzen will*[13] *oder wenn er stirbt*[14], *nicht aber, wenn er wahnsinnig wird*[15]. — Besondere Grundsätze gelten für den Fall, daß sich der Besitzer eines Grundstücks von diesem vorübergehend entfernt und Jemand es während seiner Abwesenheit und ohne sein Vorwissen (clam) occupirt; dann bleibt der bisherige Besitz trotz der Occupation bestehen, bis der Abwesende auf die Kunde von der Occupation die Rückkehr unterläßt oder bei der Rückkehr den heimlichen Occupanten nicht zu vertreiben vermag; ersteren Falles verliert er den Besitz durch Aufgabe des Besitzwillens (animo), letzteren Falles durch die Gewalt (vis) des sich behauptenden Occupanten[16]. Diese Bestimmung ist nach der herrschenden Meinung erst im Beginn der Kaiserzeit aufgestellt worden, vorher habe der Abwesende den Besitz sofort mit der Occupation verloren und seine Wiedererlangung von dem Occupanten mit einem interdictum de clandestina possessione fordern

---

[4] l. 13. pr. l. 3. § 13. D. h. t. 41, 2. — [5] l. 5. § 4. D. de a. d. 41, 1. — [6] l. 3. § 16. D. h. t. 41, 2. — [7] l. 3. § 14. D. h. t. 41, 2. — [8] l. 3. § 13. l. 44. pr. D. h. t. 41, 2. — [9] l. 3. § 10. D. h. t. 41, 2. — [10] l. 37. § 1. D. de usurp. 41, 3. — [11] l. 40. § 1. D. h. t. 41, 2. — [12] l. 1. § 24. D. de vi 43, 16; l. 4. § 22. l. 33. § 2. D. de usurp. 41, 3; l. 30. § 3. D. h. t. 41, 2. — [13] l. 3. § 6. l. 17. § 1. l. 30. § 4. D. h. t. 41, 2; cf. l. 27. l. 29. D. h. t. 41, 2. — [14] l. 23. pr. l. 30. § 5. D. h. t. 41, 2. — [15] l. 4. § 3. l. 44. § 6. D. de usurp. 41, 3. — [16] l. 3. § 7. l. 6. § 1. l. 7. l. 25. § 2. l. 46. D. h. t. 41, 2; l. 1. § 24. D. de vi 43, 16.

können[17]; richtiger ist es, diese Bestimmung schon dem republicanischen Recht beizulegen, denn ein int. de cland. poss. hat niemals existirt.

§ 119. Insbesondere vom Verlust des durch einen Stellvertreter ausgeübten Besitzes.

Vangerow, § 209.

Uebt Jemand den Besitz durch einen Stellvertreter aus, so verliert er ihn

1) wenn er die Sache nicht mehr besitzen will, sei es daß er den Besitzwillen schlechthin aufgibt oder daß er die Sache einem Anderen zum Besitz übergibt;

2) dadurch, daß ein Anderer den Besitz der Sache für sich oder für einen Dritten einseitig ergreift[1]; ob der Vertretene den Besitz auch dann verliere, wenn ein Anderer ihn mit dem Willen des Stellvertreters (also durch treulose Uebergabe der Sache Seitens des Stellvertreters) ergreift: das ist bestritten und zu bejahen[2]; das Gesetz[3], aus welchem Viele die Verneinung der Streitfrage ableiten, bezieht sich auf einen anderen Fall (s. unten Note 7);

3) dadurch, daß der Stellvertreter einseitig den Willen, für sich oder für einen Dritten zu besitzen annimmt; vorausgesetzt wird, daß dies in erkennbarer Weise geschehe[4]; die Behauptung vieler Juristen, daß überdies bei beweglichen Sachen ein körperliches Einwirken des Vertreters auf die Sache (ein loco movere), bei unbeweglichen Sachen (mit Rücksicht auf die Vorschrift in § 119 N. 16) die Kenntniß des Vertretenen von der Willensänderung des Vertreters erforderlich sei: ist den Quellen zuwider[5].

Daß durch den Tod des Stellvertreters der Vertretene den Besitz nicht (sofort) verliert, ist bereits in § 118 Note 11 angegeben; das Gleiche gilt, wenn der Stellvertreter wahnsinnig wird[6]; gibt der Stellvertreter die Sache auf, so verliert nach einer Entscheidung Justinian's[7] (die classischen Juristen stritten hierüber[8]) der Vertretene nicht den Besitz.

Viertes Capitel.

Schutz des Besitzes.

Vorbemerkung.

Die Klagen, mit welchen der Besitzer das Recht des Besitzes gerichtlich geltend zu machen befugt ist, sind theils die Klagen wegen ungerecht-

---

[17] Wegen l. 7. § 5. D. comm. div. 10, 2 (von Julian!).

[1] l. 1. § 22. D. de vi 43, 16. — [2] l. 40. § 1. l. 44. § 2. D. h. t. 41, 2; l. 33. § 4. D. de usurp. 41, 3. — [3] l. 12. C. h. t. 7, 32. — [4] l. 3. § 18. l. 47. D. h. t. 41, 2; l. 67. pr. D. de furt. 47, 2. — [5] l. 44. D. de a. d. 41, 1; l. 67. pr. D. de furt. 47, 2; l. 9. § 9. D. de r. c. 12, 1; l. 12. D. de vi 43, 16. — [6] l. 25. § 1. D. h. t. 41, 2. — [7] l. 12. C. h. t. 7, 32. — [8] Vgl. einerseits l. 3. § 8. l. 44. § 2. D. h. t. 41, 2; l. 31. D. de dolo 4, 3; andererseits l. 31. l. 40. § 1. D. h. t. 41, 2.

fertigter Bereicherung (§ 280 sq.), theils und vornehmlich die sog. possessorischen Interdicte. Die letzteren zerfallen in die interdicta retinendae und recuperandae possessionis, je nachdem es sich um Erhaltung des Besitzes gegen Anfechtung oder um Wiederherstellung eines entzogenen Besitzes handelt; sie sind sämmtlich durch das prätorische Edict eingeführt worden. — Die possessorischen Processe gehörten nach dem bisherigen Gemeinen Proceß zu den Fällen des sog. unbestimmt summarischen Verfahrens, in welchem zwar die Aufeinanderfolge der Proceßhandlungen die nämliche wie in ordentlichen Processen war, jedoch die äußeren Formen erleichtert waren, und die zeitraubenden und kostspieligen Formalien wegfielen; das unbestimmt summarische Verfahren war ein „procedere sine figura et strepitu iudicii." Die Reichscivilproceßordnung hat für die Besitzprocesse kein besonderes Verfahren vorgeschrieben; die Eigenthümlichkeiten des Besitzprocesses (Beschleunigung und provisorische Vollstreckbarkeit) sollen im Wege des ordentlichen Verfahrens zur Geltung gebracht werden. Es ist jedoch hinzuzufügen, daß die Reichscivilproceßordnung § 814 — § 822 ein neues Institut, die einstweiligen Verfügungen, geschaffen hat, und daß das sog. possessorium summariissimum (unten § 121) auf diesem abgekürzten Wege zu erledigen ist.

I. § 120. Interdicta retinendae possessionis.

tt. D. XLIII, 17; C. VIII, 6: uti possidetis. — t. D. XLIII, 31: de utrubi. — Albert, über das interd. uti possid. der Römer. 1824. — Schmidt, Interdictenverfahren der Römer. 1853. — H. Witte, das interd. uti possid. als Grundlage des heutigen poss. ordinarium. 1863. — Eck in dem bei § 112 citirten Buche. — Bruns, die Besitzklagen. 1874. — Meischeider, Besitz und Besitzschutz. 1876. — Vangerow, § 336.

Dieser Art bestehen zwei Interdicte; das eine zum Schutze des Besitzers einer unbeweglichen Sache: int. uti possidetis, das andere zum Schutze des Besitzers einer beweglichen Sache: int. utrubi; beide haben ihre Namen von den Anfangsworten der Formel, welche in classischer Zeit der Magistrat bei Erlaß des Interdicts aussprach (§ 84 Note 7).

A. Ueber das int. uti possidetis bestehen zwei Meinungen.

1. Nach der einen Meinung hat sich das Interdict in folgender Weise entwickelt.

a. Wenn unter zwei Personen das Eigenthum eines Grundstücks streitig ist und sie darüber einen Proceß führen wollen, so streiten sie oft zugleich über den Besitz an demselben (— was daraus erklärlich ist, daß der Besitzer im Eigenthumsprocesse die günstige Rolle des Verklagten hat —). In solchem Falle muß die Entscheidung des Besitzstreites dem Proceß über das Eigenthum vorhergehen, um zu bestimmen, wer in demselben die Rolle des Klägers resp. des Verklagten übernehmen solle. Diese Entscheidung herbeizuführen, ward, wie die Quellen mehrfach berichten [1], das int. uti poss. durch das prätorische Edict eingeführt, und dazu wird es auch heut angewendet; der Richter hat im Urtheil bloß festzustellen, wer der fehlerfreie (nec vi nec clam nec precario ab adversario)

---

[1] l. 1. §§ 2. 3. D. h. t. 43, 17; § 4. I. de int. 4, 15; Gai. 4, 148.

Besitzer des Grundstücks zur Zeit des erlassenen Interdicts ist, und den Gegner zur Anerkennung dieser Thatsache zu verurtheilen. — Die Idee, den Besitzer gegen Anfechtungen zu schützen, sollte also ursprünglich keineswegs durch das int. uti poss. verwirklicht werden; vielmehr war es und ist es (das sog. Possessorium) noch heute eine Vorbereitung der Eigenthumsklage (des sog. Petitoriums), und zwar unter Umständen, welche ihm den Charakter eines interd. duplex (§ 83) aufprägen; denn jede Partei behauptet Besitzer zu sein und verlangt vom Gegner die Anerkennung im Besitz.

b. Hat der Richter festgestellt, wer von den Streitenden das Grundstück besitzt, hat er aber zugleich gefunden, daß der Besitzer den Besitz auf fehlerhafte Weise vom Gegner (vi, clam, precario ab adversario) erworben hat, so erklärt er den Nichtbesitzer für den Besitzer; mit anderen Worten: das int. uti poss. hat recuperatorische Kraft; freilich wird diese von Vielen geleugnet, und sie steht in der That mit dem Charakter des int. uti poss. im Widerspruch, allein sie wird ihm in den Quellen [2] deutlich beigelegt; die formelle Handhabe dazu war die falsche Lehre von der possessio duorum in solidum (§ 115); die materiellen Gründe waren doppelt: einmal die häufig eintretende Schwierigkeit, die Besitzstörung von der Besitzentziehung zu unterscheiden; sodann die Rücksicht darauf, daß nur ein formeller Fehler vorliegt (denn der des Besitzes Ermangelnde hätte das int. de vi oder de precario anstellen können), und es ist billig, ihm den Fehler zu verzeihen, wie es ja auch dem bestohlenen Eigenthümer verziehen wird, wenn er gegen den Dieb statt der rei vindicatio die condictio furtiva anstellt (§ 311 Note 35).

c. Später ward das Interdict auf den Fall übertragen, daß Jemand, welcher sich selbst den Besitz nicht zuschreibt, den Besitz eines Anderen anficht, sei es durch thätliche (wenngleich nicht gewaltsame) Einwirkung auf das Grundstück wider Willen des Besitzers, sei es durch Verhinderung des Besitzers an der Ausübung des Besitzes (z. B. er immittirt unmäßigen Rauch in das Grundstück des Besitzers, er verhindert den Besitzer am Bauen), sei es durch das wörtliche Bestreiten seines Besitzes [3]. Hier hat die Klage nicht mehr den Charakter des int. duplex; der Richter hat den Verklagten zur Anerkennung des Besitzes und zur Unterlassung fernerer Störung bei Strafe [4] zu verurtheilen; hat die Besitzstörung einen Vermögensschaden veranlaßt, so wird der Verklagte auch zum Ersatz des Schadens verurtheilt [5]. Die Klage verjährt in einem annus utilis von der Besitzstörung an [6]; soweit der Verklagte dadurch bereichert ist, verjährt sie erst in dreißig Jahren [7].

2. Nach der zweiten Meinung war von Anfang an die Absicht vorhanden, mit dem int. uti poss. den gegen-

[2] l. 1. § 9. l. 3. pr. D. h. t. 43, 17; Gai. 4, 166. sqq.; l. 53. D. de acq. poss. 41, 2. — [3] l. 3. §§ 2–4. D. h. t. 43, 17; l. 8. § 5. D. si serv. 8, 5; l. 5. § 10. D. de o. n. n. 39, 1; l. 14. D. de inj. 47, 10; l. 11. D. unde vi 43, 16; l. 52. § 1. D. de a. p. 41, 2. — [4] J.R.A. § 162. — [5] l. 1. pr. l. 3. § 11. D. h. t. 43, 17. — [6] l. 1. pr. D. h. t. 43, 17. — [7] l. 4. D de int. 43, 1.

wärtigen Besitzer eines Grundstücks gegen Anfechtungen zu schützen; das Interdict sei stets eine Delictsklage gewesen; es sei vom Prätor eingeführt worden für den Fall, daß der Besitzer eines Grundstücks durch die eigenmächtige Störung eines Anderen einen Schaden erlitten habe, sowie für den Fall, daß er einen Schaden durch eine künftige Besitzstörung befürchtete; im ersten Fall fordere er den Ersatz des Schadens, im zweiten den Schutz gegen die zu befürchtende Störung; erst durch die römische Rechtswissenschaft sei das Interdict auf den Fall des Besitzstreites unter zwei Eigenthumsprätendenten ausgedehnt worden, indem man die Fiction aufstellte, daß in diesem Falle Besitzstörungen zu befürchten seien. — Diese Ansicht steht mit deutlichen Quellenaussprüchen (oben Note 1) im Widerspruch. — Auch unter den Anhängern dieser Ansicht besteht der Streit über die recuperatorische Kraft des Interdicts.

B. Das int. utrubi[8] stand nach classischem Rechte demjenigen unter zwei Besitzprätendenten einer beweglichen Sache zu, welcher im letzten Jahre in einem längeren Zeitraum als der Gegner den Besitz gehabt hatte, nur durfte er ihn nicht fehlerhaft vom Gegner erworben haben; den Besitz seines Auctors konnte er sich anrechnen[9]. Nach dem Gesagten gehörte das Interdict nicht bloß zu den int. retinendae poss. (wohin es die Quellen stellen[10]); denn es konnte auch recuperatorisch sein. In der nachclassischen Zeit (man streitet ob durch die Römische Praxis oder durch die Compilatoren) ward das int. utrubi allen Regeln des int. uti possidetis unterworfen.

§ 121. Mittelalterliche Fortbildung.

Vangerow, § 336.

Um in dem 1. a des vorigen § gedachten Falle schon für die Zeit des Besitzprocesses selbst ein unstreitiges Verhältniß herbeizuführen, ward nach classischem Recht der Besitz für die Zwischenzeit unter den Parteien versteigert (fructuum licitatio[1]). Diesen Brauch ließ man im nachclassischen Recht fallen. Nach der italienischen, in Deutschland recipirten Praxis des späteren Mittelalters sollte der Richter, wenn das int. uti possidetis angestellt war, sofort in einer schleunigen Untersuchung (summarium, summariissimum) den einen Streitenden als Besitzer bis zur Entscheidung des angestellten Processes erklären. Seit dem 18. Jahrhundert ward in der Praxis das Summariissimum vom int. uti possidetis (dem sog. ordinarium) getrennt und als selbständiger Proceß behandelt: Derjenige, welcher die jüngste ruhige Besitzhandlung in summarischer Untersuchung zu bescheinigen d. h. wahrscheinlich (glaubhaft) zu machen vermag, erhält den Schutz im Besitz, bis der Gegner im Ordinarium seinen Besitz bewiesen hat. Seitdem gibt es zwei Besitzstörungsprocesse: das Summariissimum und das Ordinarium. — Das Summariissimum wird auch bezüglich Mobilien zugelassen; als Kläger wird vielfach der bloße Detentor einer Sache anerkannt.

---

[8] t. D. 43, 31: de utrubi; § 4. I. de int. 4, 15; Gai. 4, 150. — [9] l. 13. §§ 1—13. D. de acq. poss. 41, 2. — [10] Gai. 4, 148; Paul. s. r. V, 6. § 1.

[1] Gai. 4, 166. sqq.

II. Interdicta recuperandae possessionis.

A. § 122. Int. de vi.

t. D. XLIII, 16: de vi et de vi armata; t. C. VIII, 4: unde vi. — Vangerow, § 690.

Der Besitzer eines Grundstücks, welcher aus demselben mit Gewalt entsetzt worden ist, kann von dem Entsetzenden den Ersatz des Schadens innerhalb Jahresfrist fordern. Zur gerichtlichen Geltendmachung dieser Forderung steht ihm das int. de vi (unde vi) zu. Zur Erklärung dieses Grundsatzes diene Folgendes:

Unter Besitzer ist hier wie sonst im Römischen Recht der juristische Besitzer zu verstehen[1], mag er selbst oder sein Stellvertreter entsetzt worden sein; die Meinung, daß auch dem bloßen Detentor das int. de vi zustehe, ist heut fast allgemein verworfen. — Nur dem Besitzer eines Grundstücks[2] steht das Interdict zu; die Behauptung, das Interdict sei durch eine Kaiserconstitution[3] auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden, ist heut fast allgemein aufgegeben. — Gewalt im Sinne des int. de vi ist vis atrox[4], d. h. Gewalt gegen die Person des Besitzers oder seines Stellvertreters; aber auch Derjenige ist gewaltsam des Besitzes entsetzt, welcher aus Furcht vor dem die Entsetzung unmittelbar Androhenden sich zurückzieht, vorausgesetzt daß der letztere wirklich den Besitz ergriffen hat[5]. — Ersatzpflichtig ist der Entsetzende, gleichviel ob er das Grundstück besitzt oder nicht[6]; der Umstand, daß er ein Recht auf den Besitz (ius possidendi z. B. Eigenthum, Pfandrecht) hat, befreit ihn nicht von der Ersatzpflicht (denn die Entsetzung ist ein Delict); nach Justinianischem Recht[7] befreit ihn auch nicht der Umstand, daß der Entsetzende selbst vorher vom gegenwärtigen Kläger entsetzt worden ist, während nach vorjustinianischem Recht er hierdurch dann frei wurde, wenn er die Entsetzung ohne Waffen vorgenommen hatte (mit anderen Worten: nach vorjustinianischem Recht[8] war die exceptio vitiosae possessionis ab adversario gegen das einfache int. de vi zulässig, gegen das int. de vi armata unzulässig, nach Justinianischem Recht ist sie stets unzulässig). — Weil die Entsetzung ein Delict ist, so haftet auch Derjenige, welcher die Entsetzung angeordnet oder hinterher genehmigt hat[9]; Derjenige, in dessen Namen die Entsetzung geschah, ohne daß er sie angeordnet oder genehmigt hat, haftet auf die Bereicherung[10]; nicht hingegen haftet ein Dritter, welcher von dem Entsetzenden den Besitz erlangt[11]. Nach einer Verordnung Justinians[12] haftet auf das int. de vi auch Derjenige, welcher ein Grundstück in Abwesenheit eines Besitzers occupirt — offenbar zu dem Zwecke, damit der Abwesende, welcher ja den Besitz überhaupt nicht verloren hatte (§ 118 N. 16), nicht gezwungen sein sollte, den Ver-

---

[1] l. 1. §§ 9. 10. 23—26. D. h. t. 43, 16. — [2] l. 1. §§ 3—8. D. h. t. 43, 16. — [3] l. 7. C. h. t. 8, 4. — [4] l. 1. § 3. D. h. t. 43, 16. — [5] l. 1. § 29. l. 3. §§ 6. 7. D. h. t. 43, 16; cf. l. 33. § 2. D. de usurp. 41, 3; l. 9. pr. D. quod met. 4, 2. — [6] l. 1. §§ 13. 42. l. 15. l. 16. D. h. t. 43, 16; l. 4. § 22. l. 33. § 2. D. de usurp. 41, 3. — [7] § 6. I. de int. 4, 15. — [8] Cic. pro Tull. c. 44; pro Caec. c. 32; Gai. 4, 155. — [9] l. 1. §§ 12—14. D. h. t. 43, 16. — [10] l. 1. § 15. l. 4. D. h. t. 43, 16. — [11] l. 7. D. h. t. 43, 16; l. 3. § 10. D. uti poss. 43, 17. — [12] l. 11. C. h. t. 8, 4.

such zur Vertreibung des Occupanten zu machen. — Der Schaden begreift die Rückleistung des Besitzes des Grundstücks, die Früchte seit der Dejection (sowohl die fr. percepti als percipiendi), ferner die Mobilien, welche auf dem Grundstück zur Zeit der Dejection vorhanden waren (mögen sie im juristischen Besitz oder bloß in der Gewahrsam des Dejicirten gewesen sein), und bei dieser Gelegenheit abhanden gekommen oder beschädigt worden sind[13]. Kann der Entsetzte die Mobilien, welche ihm abhanden gekommen sind, nicht einzeln nachweisen, und ist deshalb eine Schätzung durch Sachverständige unmöglich, so soll nach einem Gesetz des Kaisers Zeno[14] der Richter unter Berücksichtigung aller Umstände eine vorläufige Schätzung vornehmen, worauf der Entsetzte den Werth der Sachen, jedoch nicht über die vom Richter angegebene Schätzungssumme hinaus, beschwören kann (iuramentum Zenonianum); doch ist diese Bestimmung durch die Reichscivilproceßordnung § 260 aufgehoben, und an ihre Stelle die allgemeine Vorschrift der Reichscivilproceßordnung betreffs des Schätzungseides getreten (§ 45 Text zwischen N. 8. 9). — Nach Ablauf des annus utilis haftet der Entsetzende und die ihm Gleichstehenden nur noch auf die Bereicherung[15], ihre Erben haften schon innerhalb des Jahres nach Römischem Rechte nur auf die Bereicherung[16], nach der Praxis auf Höhe der Erbschaft (§ 81 N. 12—14).

§ 123. Fortbildung im Mittelalter.

Vangerow, § 690.

I. Nach Canonischem Recht haftet mit dem int. de vi Jeder, welcher den Besitz des Grundstücks in Kenntniß von der Entsetzung erlangt hat[1], denn er ist ein Begünstiger (fautor delicti). — Ferner kann der Entsetzte bis zur Wiederherstellung des früheren Zustandes jede Klage, welche der Entsetzende aus irgend welchem Grunde gegen ihn anstellt, mit Berufung auf die Entsetzung abweisen (exceptio spolii); vorausgesetzt wird, daß er die Entsetzung binnen fünfzehn Tagen beweist[2].

II. Nach der italienischen Praxis, welche sich im Anschluß an den canon Redintegranda[3] entwickelt hat und in Deutschland recipirt worden ist, hat nicht bloß der juristische Besitzer einen Anspruch auf Schutz, sondern auch der Detentor; nicht bloß bei Immobilien, sondern auch bei Mobilien; nicht bloß wenn der Besitz resp. die Detention durch Eigenmacht, sondern auch wenn sie dem Besitzer resp. Inhaber wider seinen Willen (z. B. durch Verlieren der Sache) entzogen worden sind; nicht bloß gegen den Entsetzenden, sondern selbst gegen den redlichen dritten Besitzer; nicht bloß innerhalb eines, sondern innerhalb dreißig Jahren. Die Klage zur gerichtlichen Durchführung dieses Anspruchs heißt actio spolii. Gegen diese zum Theil unberechtigte Praxis hat die Doctrin seit dem 17. Jahrhundert lebhaften Einspruch erhoben, ohne jedoch bis jetzt damit durchgedrungen zu sein.

---

[13] l. 1. §§ 31—38. 40. 41. l. 6. l. 19. D. h. t. 43, 16; l. 4. C. h. t. 8, 4. — [14] l. 9. C. h. t. 8, 4. — [15] l. 1. pr. § 39. D. h. t. 43, 16. — [16] l. 1. § 48. l. 2. l. 3. pr. l. 9. pr. D. h. t. 43, 16.

[1] c. 18. X. de rest. spol. 2, 13. — [2] c. 1. in VI. de rest. spol. 2, 5. — [3] c. 3. C. 3. qu. 1.

B. § 124. Int. de precario.

t. D. XLIII, 26: de precario; t. C. VIII, 9: de precario et Salviano interdicto. — Vangerow, § 691.

Wer eine Sache precario zur Benutzung empfangen hat, begeht, wenn er trotz Widerrufs des Hingebenden die Sache nicht sofort zurückgibt, einen Vertrauensbruch und haftet auf sofortige Rückgabe der Sache, außer wenn sie ihm ohne culpa lata unmöglich ist [1] oder wenn die Sache in seinem Eigenthum steht [2]; gibt er sie schuldvoller Weise nicht zurück, so muß er dem Leihenden den Schaden ersetzen. Die Erben des Precaristen [3] haften wie der Erblasser, aus seiner Verschuldung aber nur auf die Bereicherung nach Römischem Recht, resp. auf Höhe der Erbschaft nach der Praxis. Die Klage zur gerichtlichen Geltendmachung dieses Anspruchs ist das int. de precario; es verjährt in dreißig Jahren [4]; im classischen Römischen Recht ward daneben eine actio praescriptis verbis gegeben (§ 276).

---

[1] l. 8. §§ 3. 6. D. h. t. 43, 26. — [2] l. 4. § 3. D. h. t. 43, 26; cf. l. 6. § 4. eod. — [3] l. 8. § 8. D. h. t. 43, 26. — [4] l. 8. § 7. D. h. t. 43, 26.

Drittes Buch.

Die dinglichen Rechte.

Erstes Capitel.

Das Eigenthum.

Schmid, Handbuch des gemeinen Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 1847. — K. Sell, Römische Lehre des Eigenthums. 1852. — Pagenstecher, die Römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit, 3 Abth. 1857—1859.

Erster Titel.

Begriff und Inhalt des Eigenthums.

I. § 125. Begriff des Eigenthums.

Vangerow, §§ 295. 296.

Regelmäßig ist das Eigenthum (dominium) die vollständige und ausschließliche rechtliche Herrschaft einer Person über eine körperliche Sache. Früher unterschied man die im Eigenthum enthaltenen Rechte in Proprietäts- und Nutzungsrechte; erstere (die Befugniß zur Veräußerung, die Befugniß zur Verfügung über die Substanz der Sache, die Befugniß sich im Besitz der Sache durch Selbstvertheidigung und Klagen zu schützen) erklärte man für wesentliche Rechte des Eigenthums, letztere (die Nutzungsrechte, ususfructus causalis genannt, im Gegensatz zu dem selbständigen Nießbrauchsrecht, welches man ususfr. formalis nannte, § 159) für unwesentliche, so daß bei dem Mangel der ersteren der Begriff des Eigenthums aufhöre, während er bei dem Mangel der letzteren fortdauere. Man verwirft heut allgemein diese Eintheilung, weil temporär jedes Recht dem Eigenthümer fehlen kann, ohne daß dadurch der Begriff des Eigenthums aufgehoben wird. Man unterscheidet heut vielmehr eine positive und eine negative Seite des Eigenthums; kraft der positiven Seite ist der Eigenthümer befugt, mit seiner Sache nach Willkür zu verfahren, sogar sie zu zerstören; kraft der negativen Seite ist er befugt, jeden Nichteigenthümer von der Wirkung auf die Sache auszuschließen. Das Eigenthum an Grundstücken ergreift sowohl den über dem Grundstück befindlichen Raum (die sog. Luftsäule) als das darunter befind-

liche Erdreich, also auch die darin enthaltenen Fossilien; durch das Deutsche Recht sind aber viele Fossilien dem Eigenthum entnommen (sog. Bergregal, vgl. § 126 unter II. 3). — In Vergleich zum Besitz gestellt ist das Eigenthum die rechtliche, der Besitz die thatsächliche Herrschaft; der Besitzer ist im Stande, in der Lage, die Sache nach Willkür zu behandeln, während der Eigenthümer dazu befugt ist; aber der Eigenthümer hat außer dem Recht auf den Besitz (ius possidendi) noch andere Rechte, und es war deshalb unrichtig, wenn frühere Juristen den Besitz als die Ausübung des Eigenthums bezeichneten.

Uebrigens ist die vollständige und ausschließliche Herrschaft über die Sache, wie schon bemerkt, nur regelmäßig im Eigenthum enthalten; ausnahmsweise aber können dem Eigenthume einzelne Befugnisse entzogen sein[1]; ja es können die Beschränkungen des Eigenthums so zahlreich und umfangreich sein, daß das Eigenthum während längerer oder kürzerer Frist fast auf Nichts reducirt ist (z. B. wenn Emphyteuse, Superficies, Nießbrauch auf der Sache lasten). Das Eigenthum besteht in solchen Fällen fast nur in dem Consolidationsrecht d. h. in der Möglichkeit, daß die Beschränkung einmal aufhört (so bei dem Tode des Nießbrauchers; so ferner, wenn nach dem unbeerbten Tode des Emphyteuta oder Superficiars das Recht des Fiscus auf bona vacantia verjährt ist), in welchem Falle die ursprüngliche Fülle und Ausschließlichkeit des Eigenthums von selbst wieder eintritt[2]. Gerade um dieser möglichen Beschränkungen des Eigenthums wegen haben neuere Juristen die gebräuchliche Definition des Eigenthums, welche auch an die Spitze dieses § gestellt ist, verworfen; allein, so begründet auch ihre Angriffe gegen die gebräuchliche Definition sind, so ist es doch noch Niemandem gelungen, eine bessere aufzustellen. (So ist nach Böcking das Eigenthum das einfachste unmittelbarste Verhältniß der wollenden Person zu der willenlosen körperlichen Sache, in welchem jene nur als das die Sache wollende Subject, diese nur als das von jener gewollte Object jeden und allen Personen gegenüber gilt; nach Pagenstecher ist das Eigenthum die den Körper der Sache erfüllende rechtliche Macht der Person; nach Wirth das Pertinenzverhältniß einer Sache zu einer Person; nach Girtanner das Recht an der Bestimmung der Sache; nach Leist die Identificirung der Sache mit der Person; nach Windscheid das Recht in der Gesammtheit der Beziehungen der Sache zu entscheiden).

II. Beschränkungen des Eigenthums.

Vorbemerkung.

Die in § 125 erwähnten Beschränkungen des Eigenthums lassen sich in zwei Classen theilen, je nachdem sie sofort mit dem Eigenthum selbst oder erst durch einen besonderen Rechtsact entstehen.

---

[1] l. 25. D. de v. s. 50, 16. — [2] § 4. I. de us. 2, 4; l. 9. § 2. D. de aq. et aq. pluv. 34, 3; l. 3. pr. C. de us. 3, 33.

1. § 126. Erste Classe der Eigenthumsbeschränkungen (sog. Legalservituten).

Vangerow, §§ 297. 298. 300.

Die sofort mit dem Eigenthum selbst entstehenden Beschränkungen finden sich bei allen Grundstücken, von den Mobilien nur bei Baumaterialien vor. Man nannte sie früher Legalservituten, in neuerer Zeit gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen. Der Ausdruck „Legalservituten" ist durchaus unangemessen; denn die vorliegenden Eigenthumsbeschränkungen bewirken nicht, daß die Sache einem Fremden dient; sie beruhen vielmehr auf der Erwägung, daß die rücksichtslose Durchführung des Eigenthumsbegriffs bei Grundstücken und Baumaterialien erhebliche Benachtheiligungen des Gemeinwohls und der Nachbarn herbeiführen würde, und daß aus Rücksicht auf diese Interessen dem Eigenthum einige Schranken gezogen werden müssen. Aber auch der Ausdruck „gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen" ist kaum ein angemessener, weil es Eigenthumsbeschränkungen gibt, welche, obwohl sie durch Gesetz eingeführt sind, dennoch zu den vorliegenden in keiner Verwandtschaft stehen (so die gesetzlichen Veräußerungsverbote, der sog. ususfr. legalis, §§ 127. 170). — Die einzelnen sofort mit dem Eigenthum selbst entstehenden Eigenthumsbeschränkungen sollen nun dargestellt werden, je nachdem sie im Interesse der Nachbarn oder im öffentlichen Interesse eingeführt sind.

I. Das Interesse der Nachbarn bezwecken folgende Eigenthumsbeschränkungen, welche das sog. Nachbarrecht bilden:

1. Wenn ein Baum von einem Grundstück über das Gebäude auf einem anderen Grundstück hinüberragt, so muß der Eigenthümer des Baumes auf Verlangen denselben wegschaffen, widrigenfalls der Eigenthümer und Nießbraucher des Gebäudes ihn wegschaffen und das Holz für sich behalten darf; zum Schutz dieser Befugniß steht dem letzteren das interd. de arboribus caedendis zu[1]. Das Analoge tritt ein, wenn ein Baum von einem Grundstück in ein landwirthschaftliches Grundstück hinüberragt und der Eigenthümer des Baumes dessen Aeste nicht quindecim pedes a terra altius abschneidet[2]; es ist streitig, ob dies bedeutet: „die Aeste, welche unter fünfzehn Fuß hoch sind" oder „die über fünfzehn Fuß hohen Aeste"; die erstere Meinung ist die jetzt herrschende und die richtige, denn der Grund des Verbots liegt darin, daß der Schatten des Baumes dem Wachsthum auf dem Nachbargrundstück nicht schaden soll.

2. Wenn Baumfrüchte von einem überhängenden Baum auf ein Grundstück des Nachbarn fallen, so muß dieser dulden, daß der Eigenthümer des Baumes tertio quoque die (es ist streitig, ob dies bedeutet „einen Tag um den andern" oder „mit zwei Tagen Zwischenraum") die Früchte auflese; zum Schutz dieser Befugniß dient das int. de glande legenda[3]. — Eine ähnliche Befugniß muß der Eigenthümer Jedem gestatten, dessen Sachen sich auf seinem Grundstück befinden[4].

3. Der Eigenthümer eines Grundstücks muß sich die Einsendung von

[1] l. 1. pr.— § 6. D de arb. caed. 43, 27. — [2] l. 1. §§ 7—9. D. eod. 43, 27. — [3] l. un. D. de glande legenda 43, 28. — [4] l. 15. D. ad exh. 10, 4; l. 9. § 1. D. de damn. inf. 39, 2; l. 25. D. de a. e. v. 19, 1.

nicht ungewöhnlich starkem Rauch, Staub u. s. w. aus dem Nachbargrundstück gefallen lassen[5].

4. Er muß sich die Ausbauchung der Mauer des Nachbarn unter einem halben Fuß gefallen lassen[6].

5. Er darf der Tenne des Nachbarn den Luftzug nicht verbauen[7].

6. Beschränkung bezüglich des Ablaufs des Regenwassers[8]. Niemand darf den Normalzustand eines Grundstücks eigenmächtig dergestalt ändern, daß der Ablauf des Regenwassers zum Nachtheil eines ländlichen Grundstücks verstärkt resp. vermindert wird[9]. Der Normalzustand wird theils durch die natürliche Bodenbeschaffenheit des Grundstücks[10] bestimmt, theils durch künstliche Anlagen (Gräben, Dämme), welche zufolge obrigkeitlicher Anordnung angelegt sind[11] oder seit unvordenklicher Zeit (§ 72 N. 3) bestehen[12]. Die eigenmächtige Aenderung liegt in der Errichtung[13] oder in der Zerstörung[14] resp. Vernachlässigung[15] eines Werkes. Werden diese Grundsätze verletzt, so muß der frühere Zustand wiederhergestellt und in der Regel auch der Schaden seit Beginn des Processes ersetzt werden[16]. Berechtigt hiezu war ursprünglich bloß der Eigenthümer des benachtheiligten Grundstücks zur Zeit des Proceßbeginns (Litiscontestation[17]); doch wurden ihm später die Servitutberechtigten und der Emphyteuta gleichgestellt[18]. Verpflichtet hiezu ist der Eigenthümer (Emphyteuta und Usufructuar) des benachtheiligenden Grundstücks zur Zeit der Litiscontestation, gleichviel ob er die benachtheiligende Aenderung selbst hervorgebracht hat oder ein Anderer z. B. derjenige, dem er das Grundstück verpachtet oder von dem er es gekauft hat[19], denn die Klage ist eine act. in rem scripta (§ 80 Note 10). Wer die Aenderung selbst vorgenommen hat, haftet in vollem Umfange (Text zu Note 16); andere Verpflichtete müssen bloß die Wiederherstellung des früheren Zustandes gestatten[20]. Ausnahmsweise brauchen eigenmächtige Aenderungen dann nicht rückgängig gemacht zu werden, wenn eine Erlaubniß des Beschädigten[21] oder eine Servitut hiezu berechtigt[22], ferner wenn sie lediglich im Interesse der Fruchtziehung gemacht worden ist (z. B. die Ziehung von Ackerfurchen)[23]. — Die Klage, welche zur gerichtlichen Geltendmachung der obigen Verbindlichkeiten schon in den zwölf Tafeln eingeführt war, heißt actio aquae pluviae arcendae in ihrem ursprünglichen Umfange, in ihrer Ausdehnung führt sie den Zusatz utilis.

---

[5] l. 8. §§ 5—7. D. si s. v. 8, 5. — [6] l. 17. pr. D. eod. 8, 5. — [7] l. 14. § 1. C. de serv. 3, 34. — [8] t. D. 39, 3: de aqua et aquae pluviae arcendae. — [9] l. 1. §§ 1. 10. 13. l. 11. § 6. D. h. t. 39, 3. — [10] l. 1. §§ 1. 22. 23. l. 2. pr. D. h. t. 39, 3. — [11] l. 1. § 23. l. 2. pr. §§ 3. 7. l. 23. pr. D. h. t. 39, 3. — [12] l. 1. § 23. l. 2. pr. D. h. t. 39, 3; l. 2. § 8. eod. l. 28. D. de prob. 22, 3. — [13] l. 1. §§ 2. 6. 10. 13. l. 24. §§ 1. 2. D. h. t. 39, 3. — [14] l. 1. § 22. D. h. t. 39, 3. — [15] l. 2. §§ 1. 4. D. h. t. 39, 3. — [16] l. 6. §§ 6—8. l. 7. l. 17. § 3. l. 22. § 1. l. 24. § 2. l. 25. § 1. D. h. t. 39, 3. — [17] l. 6. § 4. l. 16. l. 4. pr. § 2. l. 12—l. 14. pr. D. h. t. 39, 3. — [18] l. 22. § 2. l. 23. § 1. l. 25. D. h. t. 39, 3; Ulpian mißbilligt dies hinsichtlich des Usufructuars, vgl. l. 3. § 4. D. h. t. 39, 3. — [19] Vgl. die Stellen in N. 17. 18. — [20] l. 4. §§ 2. 3. l. 5. l. 6. § 7. l. 7. § 1. l. 11. § 2. l. 12. l. 16. D. h. t. 39, 3. — [21] l. 19. l. 20. D. h. t. 39, 3. — [22] l. 2. § 10. D. h. t. 39, 3. — [23] l. 1. §§ 3—5. 7—9. l. 24. pr. D. h. t. 39, 3.

II. Das öffentliche Interesse bezwecken folgende Eigenthumsbeschränkungen:

1. Der Eigenthümer des Ufers eines öffentlichen Flusses muß Schiffern und Anderen dessen Benutzung gestatten, soweit der Verkehr es verlangt [24] (sog. Leinpfad).

2. Der Eigenthümer eines Grundstücks, das an einen öffentlichen Weg grenzt, muß, wenn dieser durch Wassergewalt u. dergl. weggeräumt ist, sich gefallen lassen, daß ein Stück seines Grundstücks zum öffentlichen Weg gemacht werde [25]. Auch muß der Nachbar eines Grabmals dem Inhaber des letzteren gegen Entschädigung einen Nothweg bestellen, falls letzterer zum Grabmal auf keine andere Weise gelangen kann [26]; durch die Praxis ist dies auf den Fall ausgedehnt, wo einem Grundstück der Zugang zur öffentlichen Straße fehlt. Sonstige Expropriationsgrundsätze des Römischen Rechts sind uns nicht überliefert [26a].

3. Nach dem späteren Kaiserrecht muß sich der Eigenthümer eines Grundstücks Nachgrabungen nach Mineralien gegen Abgabe von einem Zehntel des Gewinns gefallen lassen [27]; ein zweites Zehntel gebührte dem Fiscus. Das Deutsche Bergrecht stimmt hiemit zwar im Grundgedanken überein, hat jedoch daraus ein eigenes staatliches Verleihungsrecht (sog. Bergregal) abgeleitet, und weicht im Einzelnen vom Römischen Recht bedeutend ab; die Darstellung hievon gehört in das deutsche Privatrecht.

4. Der Eigenthümer von Materialien, welche ein Anderer in ein Gebäude oder einen Weinberg verwendet hat (tignum iunctum aedibus vineaeve), kann diese nicht einfordern, so lange der Andere sie nicht dauernd getrennt hat; allein er kann von dem Eigenthümer des Gebäudes resp. des Weinberges den doppelten Preis der Materialien als Ersatz seines Interesses verlangen [28] und er kann, trotzdem ihm das Doppelte gezahlt worden, später, wenn eine dauernde Trennung der Materialien erfolgt ist, diese noch vindiciren [29]. Die Klage, mit welcher er das Doppelte einfordert, heißt actio de tigno iuncto. Dieselbe fand übrigens (was aber Viele bestreiten) nach den zwölf Tafeln nur bei gestohlenen Materialien statt, und ward erst durch die Juristen auf alle fremden Materialien ausgedehnt; daher finden sich in den Quellen anscheinend widersprechende Bestimmungen, indem bald von gestohlenen [30] bald von fremden [31] Materialien die Rede ist.

5. Das Reichsrayongesetz vom 21. December 1871 unterwirft das Grundeigenthum in der Umgebung von Festungen sehr intensiven Beschränkungen, deren Darstellung in das Staatsrecht gehört.

Außerdem existiren Bestimmungen [32] über den Häuserbau (Höhe,

---

[24] § 4. I. de r. d. 2, 1; l. 5. pr. D. de div. rer. 1, 8. — [25] l. 14. § 1. D. quemadm. s. a. 8, 6; vgl. l. 2. § 21. D. ne quid in loco publ. 43, 8. — [26] l. 12. pr. D. de rel. 12, 7. — [26a] Vgl. jedoch Frontinus de aquae duct. art. 128. — [27] l. 3. l. 6. C. de met. 11, 6; cf. l. 13. § 1. D. comm. pr. 8, 4. — [28] l. 1. D. de tign. j. 47, 3. — [29] l. 7. § 10. D. de a. d. 41, 1; l. 2. D. de tign. j. 47, 3; unrichtig gefaßt ist der § 29. I. de rer. div. 2, 1. — [30] l. 1. l. 2. D. de tign. j. 47, 3; l. 63. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — [31] l. 7. § 10. D. de a. d. 41, 1; l. 23. § 6. D. de r. v. 6, 1; l. 6. D. ad exh. 10, 4; l. 98. § 8. D. de sol. 46, 3. — [32] t. C. 8, 10: de aedificiis privatis; l. 52. D. de c. e. 18, 1; l. 48. D. de damn. inf. 39, 2; cf. l. 13. D. fin. reg. 10, 2; l. 14. D. serv. pr. urb. 8, 2.

Form, Zwischenraum) wie über die Unzulässigkeit der Trennung von Hausverzierungen u. dergl.; dieselben sind in Deutschland nicht recipirt, vielmehr existiren hierüber eine Menge particularer, ja sogar localer Vorschriften.

2. § 127. Zweite Classe der Eigenthumsbeschränkungen (dingliche Rechte an fremder Sache, Veräußerungsverbote).

Bachofen, ausgewählte Lehren Nr. 2—7. 1848. — Schröder, zur L. v. d. gesetzlichen Veräußerungsverboten. 1875. — Vangerow, § 299.

Die Eigenthumsbeschränkungen, welche nicht sofort mit dem Eigenthum selbst sondern erst durch einen besonderen Rechtsact entstehen, zerfallen in zwei Classen.

I. Dingliche Rechte an fremder Sache. Die Eigenthumsbeschränkung kann darin bestehen, daß eine im Eigenthum liegende Befugniß einem Nichteigenthümer zusteht; der Eigenthümer hat alsdann jene Befugniß nicht verloren, aber er muß insoweit hinter dem Anderen zurückstehen, als dessen Befugniß es verlangt. Die dem Nichteigenthümer zustehende Befugniß heißt dingliches Recht an fremder Sache, ius in re aliena. Es gibt nach Römischem Recht vier solcher Rechte: theils Gebrauchs- und Nutzungsrechte (Servituten, Emphyteusis, Superficies), theils ein Veräußerungsrecht (das Pfandrecht). Dieselben werden später in Capitel 2—5 dargestellt werden.

II. Veräußerungsverbote. Die Eigenthumsbeschränkung kann darin bestehen, daß eine im Eigenthum liegende Befugniß dem Eigenthümer entzogen ist, ohne auf einen Anderen übertragen zu sein. Es ist dies der Fall bei den gesetzlichen Veräußerungsverboten (so z. B. bezüglich des zur dos oder donatio propter nuptias gehörigen Grundstücks [1], bezüglich der Adventicien eines Hauskindes [2], bezüglich der Sache, welche Jemandem vermacht ist [3], früher auch bezüglich der im Proceß befangenen Sache [4]). Jede gegen das Gesetz geschehene Veräußerung ist nichtig [5], sie bestehe in der vollständigen Uebertragung des Eigenthums oder in der Bestellung eines dinglichen Rechts [6] oder in dem Verzicht auf ein solches, sie geschehe durch ein Rechtsgeschäft oder durch eine Unterlassung (z. B. durch die Zulassung einer Ersitzung Seitens eines Dritten [7]). Weil die Veräußerung nichtig ist, so steht dem Eigenthümer gegen den Besitzer der Sache ein (mit der rei vindicatio, § 150) verfolgbarer Anspruch auf Herausgabe der Sache zu; ja nach richtiger aber bestrittener Meinung kann auch der Veräußerer selbst, wenn er der Eigenthümer ist, diesen Anspruch erheben [8]; denn die exceptio rei venditae et traditae, welche dem Besitzer zur Seite steht [9] (§ 153 a. E.), verliert wegen des gesetzlichen Veräußerungsverbots ihre Wirkung [10]: es

[1] t. D. 23, 5: de fundo dotali; Nov. 61. — [2] l. 1. l. 2. C. de bon. mat. 6, 60; l. 4. l. 6. § 2. l. 8. §§ 4. 5. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [3] l. 3. §§ 2. 3. C. comm. de leg. 6, 43. — [4] l. 2. l. 4. C. de lit. 8, 37; jetzt gilt der § 236 der Reichscivilproceßordnung. — [5] l. 5. §§ 14. 15. D. de reb. eor. 27, 9; l. 4. l. 8. l. 15. l. 16. C. de praed. 5, 71. — [6] l. 7. C. de reb. al. 4, 51; l. 3. § 5. D. de reb. eor. 27, 9. — [7] l. 28. D. de v. s. 50, 16. — [8] l. 16. C. de praed. min. 5, 71; l. 4. C. de lit. 8, 37. — [9] l. 17. D. de ev. 21, 1. — [10] l. 1. § 5. D. de exc. r. vend. 21, 3; cf. l. 32. § 2. D. ad sct. Vell. 16, 1.

kann ihr der Veräußerer eine Replicatio entgegensetzen. — Den gesetzlichen Veräußerungsverboten stellte die früher herrschende Meinung die richterlichen gleich, als welche sie namentlich die Prodigalitätserklärung und die Concurseröffnung bezeichnete; richtiger ist es, hierin keine Eigenthumsbeschränkung sondern eine Dispositionsbeschränkung des Verschwenders resp. des Gemeinschuldners zu sehen, und hierauf die Nichtigkeit einer von diesen vorgenommenen Veräußerung zurückzuführen [11]. Dahingegen begründet die Arrestanlegung auf Mobilien (§ 76 N. 2) nach der Reichscivilproceßordnung § 810 keine Nichtigkeit einer trotzdem erfolgenden Veräußerung, sondern bloß ein Pfandrecht zu Gunsten des Arrestausbringers. — Ein Veräußerungsverbot, welches ein Erblasser letztwillig anordnet, ist nur dann giltig, wenn es kein nudum praeceptum (§ 60 N. 14. 15) sondern im Interesse sei es des Bedachten oder selbst einer dritten Person festgesetzt ist [12]. Welche Folgen aber eintreten, falls ihm zuwidergehandelt wird, das ist bestritten. Ist nun das Verbot zu Gunsten eines Dritten ergangen, so gilt dieser im Falle der Veräußerung als Vermächtnißnehmer, und die Veräußerung ist wie bei jeder vermachten Sache nichtig (oben N. 3); dahingegen ist sie giltig, falls das Verbot im Interesse des Bedachten ergangen war, und sind alsdann die Grundsätze des unter einem Modus eingegangenen Rechtsgeschäfts anzuwenden [13] (§ 60). — Wird in einem Vertrag die Unveräußerlichkeit einer Sache festgesetzt, so zieht die Uebertretung dieser Abrede nicht Nichtigkeit der Veräußerung nach sich [14], sondern der Veräußerer muß dem Verletzten das Interesse ersetzen [15] oder statt dessen eine Conventionalstrafe zahlen, (wenn eine solche ausbedungen war [16]); war aber die Abrede eine Auflage bei Gelegenheit einer Schenkung, so kann der Schenker vom Beschenkten (mit der cond. ob causam datorum, s. § 70 Note 9) die Rückgabe der Sache oder deren Werth verlangen [17]. Eine Ausnahme gilt für den Fall, daß ein Pfandgläubiger sich ausbedingt, es solle der Verpfänder das Pfand nicht veräußern; es wird in einem Quellenzeugniß [18] nach dem Text der Florentina (nullam esse venditionem, ut pactioni stetur) die von dem Verpfänder trotzdem vorgenommene Veräußerung als nichtig bezeichnet; zwar erklären einige den Text der Florentina für corrumpirt, und behaupten nach anderen Handschriften (nullam esse pactionem, ut venditioni stetur), daß die Abrede selbst (weil den Verpfänder bedrückend) nichtig, und daß die Veräußerung giltig sei; allein innere Gründe sprechen für den Text der Florentina; wie nämlich die Veräußerung einer speciell verpfändeten beweglichen Sache Seitens des Verpfänders schon nach Rechtsvorschrift nichtig ist (§ 185 Note 5. 6) so wird die gleiche Wirkung bei genereller Verpfändung resp. bei Immobilien dadurch hervorgebracht, daß der Verpfänder nicht zu veräußern verspricht.

---

[11] l. 12. D. de usurp. 41, 3; l. 7. § 5. D. pro emt. 41, 4; l. 8. D. de poll. 50, 12. — [12] l. 114. § 14. D. de leg. 1. (30); l. 38. pr. D. de leg. 3. (32); l. 69. § 3. l. 77. § 27. D. de leg. 2. (31). — [13] cf. l. 71. D. de cond. 35, 1. — [14] l. 61. D. de pact. 2, 14. — [15] l. 75. D. de c. e. 18, 1; l. 21. § 5. D. de a. e. v. 19, 1; l. 135. § 3. D. de v. o. 45, 1. — [16] l. 11. D. de rel. 11, 7. — [17] l. 3. C. de cond. ob. caus. dat. 4, 6. — [18] l. 7. § 2. D. de distr. pign. 20. 5.

Zweiter Titel.

§ 128. Eintheilungen des Eigenthums.

Fitting, der Begriff der Rückziehung. 1856. — Wächter, das schwebende Eigenthum. 1871. — Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. § 2. — Brinz, zum Recht der bonae fidei possessio. 1875. — Vangerow, §§ 128. 301—303.

I. Nach classischem Römischen Recht gab es mehrere Arten des Eigenthums: das dominium ex iure Quiritium, das dominium ex iure gentium der Peregrinen, das dominium ex aequo et bono an Provinzialgrundstücken, das in bonis esse (bonitarisches Eigenthum) an res mancipi bei nicht civiler Erwerbsart. Alle diese Arten sind bereits im Justinianischen Recht verschwunden und an ihre Stelle ist das Eigenthum schlechthin getreten.

II. Mittelalterlich ist die Eintheilung in dominium directum (Obereigenthum) und dom. utile (nutzbares, Unter-Eigenthum). Weil nämlich dem Emphyteuta und dem Superficiar (nach der Praxis auch dem Vasall) die Eigenthumsklagen als utiles zustehen (§ 84 unter 2), während der Grundstückseigenthümer sie als directae anstellen kann, so schrieb man, den Unterschied der Klagen auf das Recht selbst übertragend, dem Emphyteuta und Superficiar (und Vasall) ein dominium utile, dem Grundstückseigenthümer ein dom. directum zu, und faßte beides unter der Bezeichnung dom. divisum (getheiltes Eigenthum) zusammen. Die Rechte des Emphyteuta und Superficiars (und Vasallen) sind nun zwar so umfangreich, daß sie dem Eigenthümer nahezu nichts übrig lassen (und neuere Gesetzgebungen haben ihnen deshalb das volle Eigenthum gegeben); allein ihr Recht kann niemals zu jener Fülle und Ausschließlichkeit gelangen, deren das Eigenthum fähig ist, und es kann ihnen deshalb nur ein ius in re aliena zugeschrieben werden. Die Eintheilung des Eigenthums in dom. directum und utile wird deshalb jetzt von allen Romanisten verworfen.

III. Mittelalterlich ist ferner der Ausdruck dominium eminens; er bezeichnet die Herrschaft des Staates über das Eigenthum seiner Unterthanen; dieses Recht ist kein Eigenthum und überhaupt kein Privatrecht sondern ein Hoheitsrecht, also ein öffentliches Recht, welches vielfach (z. B. durch Besteuerung, Expropriation, Oberaufsicht) in das Privateigenthum eingreift.

IV. Mittelalterlich ist die Bezeichnung dominium limitatum s. minus plenum im Gegensatz zum dom. illimitatum s. plenum. Jenes bezeichnet das durch iura in re aliena beschränkte Eigenthum, dieses das davon freie.

V. Das Eigenthum heißt revocabel, wenn gewisse Umstände, welche unabhängig von dem Willen des Eigenthümers mit Gewißheit eintreten oder möglicherweise eintreten können, diesem das Eigenthum ipso iure entziehen und es auf einen Anderen übertragen. Derartig ist das Eigenthum desjenigen, welcher unter einer aufschiebenden Bedingung oder Zeitbestimmung das

Eigenthum einem Anderen übertragen hat [1], sowie desjenigen, welcher unter einer auflösenden Bedingung oder Zeitbestimmung das Eigenthum erworben hat [2]. Der Inhaber des revocablen Eigenthums ist bis zur Revocation Eigenthümer [3]; er behält auch nach der Revocation das Eigenthum der in der Zwischenzeit gezogenen Früchte und Accessionen [4] (denn er hat sie kraft seines Eigenthums an der Sache erworben und dieses wird nicht rückwärts aufgehoben); die Veräußerung der Sache sowie ihre Belastung mit dinglichen Rechten, welche er in der Zwischenzeit vorgenommen hat, wird für die Zukunft im Augenblick der Revocation ipso iure hinfällig [5] (§ 55); daher das Sprichwort der Neueren: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum. — Von dem revocablen Eigenthum zu unterscheiden ist:

1. Die obligatorische Verpflichtung eines Eigenthümers, das Eigenthum unter gewissen Umständen einem Anderen zu übertragen (z. B. im Falle des pact. de retrovendendo, protimiseos, § 290). Früher nannte man in diesem Fall das Eigenthum dom. revocabile ex nunc und das oben als revocabel bezeichnete Eigenthum dom. revocabile ex tunc. Indeß sind diese Benennungen heut allgemein aufgegeben; denn das sog. dom. rev. ex nunc ist ein unbeschränktes Eigenthum, da die obligatorische Verpflichtung des Eigenthümers auf das Eigenthum selbst keinen Einfluß übt; daher bleiben, wenn der Eigenthümer seine obligatorische Verpflichtung erfüllt, die bisher von ihm bestellten dinglichen Rechte bestehen, ja selbst die Veräußerung der Sache, welche er mit Hintansetzung seiner obligatorischen Verpflichtung an einen Dritten vornimmt, bleibt giltig [6], und der zur Rückerwerbung Berechtigte hat in diesem Fall nur einen Anspruch auf Schadenersatz oder auf Conventionalstrafe, falls letztere bedungen war.

2. Das schwebende Eigenthum. Ein solches ist vorhanden, wenn von einem später eintretenden oder nicht eintretenden Umstand die Entscheidung der Frage abhängt, ob Jemand das Eigenthum einer Sache habe oder nicht; so z. B. bei dem Eigenthumsvermächtniß, so lange der Bedachte sich über die Ablehnung des Vermächtnisses noch nicht erklärt hat [7] (§ 445); bei der sog. dominii impetratio während des zweijährigen Zeitraums, innerhalb dessen der Verpfänder das Wiedereinlösungsrecht resp. der Pfandgläubiger das Rücktrittsrecht hat [8] (§ 199 Note 2—4). In diesem Falle entscheidet der obgedachte Umstand auch über die Frage, wem die Früchte und Accessionen der Schwebezeit gehören, sowie über die Frage, ob Veräußerungen resp. Belastungen der Sache, welche in der Schwebezeit vorgenommen wurden, rückwärts aufgehoben werden, als wären sie nie

---

[1] l. 1. pr. l. 2. § 5. D. de don. 39, 5; l. 11. D. de don. i. v. et u. 24, 1. l. 2. l. 29. D. de mort. c. don. 39, 6. — [2] l. 1. D. de leg. comm. 18, 3; l. 2; § 1. D. de in diem add. 18, 2; l. 2. C. de don. quae sub modo 8, 55. — [3] l. 66. D. de r. v. 6, 1. — [4] l. 3. § 16. l. 16. D. de stat. lib. 40, 7; l. 15. l. 16. D. de stat. hom. 1, 5; l. 2. § 1. D. de in d. add. 18, 2. — [5] l. 11. § 1. D. quemadm. serv. am. 8, 6; l. 105. D. de cond. 35, 1; l. 4. § 3. D. de in diem add. 18, 2; l. 41. D. de r. v. 6, 1; l. 9. D. de aq. et aq. pl. 35, 3; l. 1. l. 4. C. de pact. int. emt. 4, 54. — [6] l. 21. § 1. l. 43. § 8. D. de aed. ed. 21, 1. — [7] l. 86. § 2. D. de leg. 1. (30); l. 15. D. de reb. dub. 34, 5. — [8] l. 63. § 4. D. de a. r. d. 41, 1; l. 3. C. de i. d. i. 8, 34; s. auch l. 12. § 5. l. 25. § 1. l. 70. § 1. D. de usufr. 7, 1.

geschehen[9]; beides gilt bei dem revocablen Eigenthum nicht (oben Text zu Note 4. 5).

VI. Man spricht von fingirtem Eigenthum, wenn Jemand den juristischen Besitz einer Sache redlicher Weise erworben hat; aus Billigkeitsgründen wurde nämlich durch das prätorische Edict der Grundsatz aufgestellt, daß bei dem Streit zwischen einem redlichen Besitzer (bonae fidei possessor) und einem schlechteren Besitzer fingirt werden solle, es habe der erstere die Sache ersessen[10]; dieser kann deshalb gegenüber jedem schlechteren Besitzer die Rechte des Eigenthümers ausüben[11] (§ 155); ferner hat er das Recht auf die Früchte und die Möglichkeit, durch Ersitzung das Eigenthum zu erwerben (§§ 134. 140).

Dritter Titel.

§ 129. Objecte des Eigenthums.

Steinlechner, das Wesen der iuris communio und quasi communio. 1876. 1878. — Vangerow, § 304.

Gegenstand des Eigenthums können sein:

1. Körperliche Sachen; zwar werden die Worte dominium und dominus zuweilen auch bei unkörperlichen Sachen gebraucht (dom. ususfructus, proprietatis, servitutis, hereditatis, litis, negotii[1]), offenbar aber in dem Sinne von Recht, Berechtigter. Da bei Grundstücken sich das Eigenthum auch auf das unter der Erdoberfläche Befindliche, wie auf den Luftraum (die sog. Luftsäule) über der Erdoberfläche erstreckt, (natürlich nur soweit der Eigenthümer ein Interesse an der Geltendmachung hat), so kann der Grundeigenthümer Steinbrüche anlegen, Brunnen graben (auch wenn er dadurch den Nachbarn das Wasser entzieht[2]), Gebäude aufführen (auch wenn er dadurch den Nachbarn das Licht entzieht[3]).

2. Reelle Theile gewisser Sachen: von Grund und Boden[4], zusammengesetzten Sachen[5], Heerden[6] (vgl. § 39). Unabhängig von dem Eigenthum am reellen Theil besteht bei zusammengesetzten Sachen (namentlich bei einem Haus, das der Grundstückseigenthümer aus fremden Materialien gebaut hat) und Heerden ein Eigenthum am Ganzen (was Viele im Widerspruch gegen die in Note 5 und 6 angeführten Quellenzeugnisse leugnen); der Eigenthümer des Ganzen übt alle Eigenthumsbefugnisse aus, bis die fremden reellen Theile vom Ganzen getrennt sind.

3. Intellectuelle Theile[7]; der moderne Sprachgebrauch bezeichnet alsdann die Sache als im Miteigenthum, condominium, stehend, die einzelnen Berechtigten als Miteigenthümer, condomini, während die Quellen

---

[9] l. 86. § 2. D. de leg. 1. (30); l. 15. D. de reb. dub. 34, 5; l. 63. § 4. D. de a. r. d. 41, 1. — [10] Gai. 4, 36. — [11] l. 136. D. de r. j. 50, 17.

[1] l. 17. D. qu. m. us. am. 7, 4; l. 3. D. si us. pet. 7, 6; l. 15. § 6. D. de us. 7, 1; l. 8. pr. D. de reb. auct. j. 42, 5; l. 48. pr. D. de her. inst. 28, 5; l. 31. pr. D. de proc. 3, 3. — [2] l. 13. § 1. D. comm. pr. 8, 4; l. 7. §§ 13. 14. l. 8. pr. D. sol. matr. 24, 3; l. 26. D. de damn. inf. 39, 2; l. 1. § 12. D. de aq. et aq. pl. 39, 3. — [3] l. 1. pr. l. 9. D. de serv. pr. u. 8, 2; l. 8. § 5. l. 14. § 1. D. si serv. v. 8, 5; l. 26. D. de damn. inf. 39, 2; cf. l. 22. § 4. D. quod vi 43, 24. — [4] l. 25. § 1. D. de v. s. 50, 16. — [5] l. 7. § 10. D. de acq. r. d. 41, 1. — [6] l. 1. § 3. l. 3. pr. D. de r. v. 6, 1. — [7] l. 5. D. de stip. s. 45, 3.

hier wie bei vielen verwandten Verhältnissen die Worte communio, socii brauchen. Ueber seinen gedachten Theil kann der einzelne Miteigenthümer frei verfügen [8]: ihn veräußern, verpfänden, vindiciren, einen Usus-fructus daran bestellen; über einen reellen Theil der gemeinsamen Sache oder über den ganzen Körper derselben können nur alle Miteigenthümer verfügen [9], so daß durch den Widerspruch eines Einzelnen jede beabsichtigte Verfügung verhindert wird [10]: socius prohibendi ius habet; doch kann ein einzelner Miteigenthümer Alles vornehmen, was zur Erhaltung der gemeinsamen Sache nothwendig ist (Reparaturen, vgl. § 133 N. 3 [11]), sowie Das, wodurch sie verbessert wird [12]. — Von dem Miteigenthum ist das Gesammteigenthum Mehrerer an derselben Sache zu unterscheiden; dasselbe in der Weise gedacht, daß Jedem das Eigenthum an der ganzen Sache unbeschränkt zusteht (duorum dominium in solidum), ist etwas Unmögliches [13].

Vierter Titel.

Der Erwerb des Eigenthums.

t. D. XLI, 1: de acquirendo rerum dominio.

I. § 130. Uebersicht und Eintheilung der Erwerbsarten.

Vangerow, §§ 306. 307.

Vom Standpunkt der classischen Jurisprudenz aus war es passend, die Erwerbsarten des Eigenthums in solche einzutheilen, welche aus dem ius gentium, und in solche, welche aus dem ius civile stammen [1]. Schon für das Justinianische Recht kann diese Eintheilung nicht maßgebend sein, da die meisten civilen Erwerbsarten (mancipatio, in iure cessio, sectio bonorum, sectio praedae, emtio sub corona) untergegangen waren, und nur noch wenige (usucapio, adiudicatio, hereditas, acquisitio lege) stehen geblieben sind. Noch weniger ist sie für das heutige Recht brauchbar, wo der Gegensatz des ius civile und ius gentium im Sinne des Römischen Rechts geschwunden ist (§ 14). Die heut gebräuchliche und der folgenden Darstellung zu Grunde gelegte Eintheilung ist die in derivative und in originäre Erwerbsarten.

1. Man nennt eine Erwerbsart derivativ (abgeleitet), wenn das Eigenthum des Erwerbers auf das des bisherigen Eigenthümers gegründet ist; der Erwerber des Eigenthums ist der Successor des bisherigen Eigenthümers, und er erwirbt es daher so, wie dieser es hatte [2]. Die Kraft der derivativen Erwerbsart

---

[8] l. 1. C. comm. div. 3, 37; l. 3. l. 4. C. de comm. r. al. 4, 52; l. 16. C. de j. d. 5, 12; l. 12. C. de don. 8, 54. — [9] l. 16. D. de r. c. 12, 1; l. 68. pr. D. pro soc. 17, 2; l. 4. C. de comm. r. al. 4, 52. l. un. C. si comm. r. 8, 21. — [10] l. 11. D. si serv. v. 8, 5; l. 8. l. 27. § 1. D. de serv. pr. u. 8, 2; l. 28. D. comm. div. 10, 3; reg. 56. in VI. de reg. jur. — [11] l. 32. D. de damn. inf. 39, 2; l. 4. C. de aed. pr. 8, 10. — [12] l. 13. § 1. l. 26. D. de serv. pr. u. 8, 2. — [13] l. 5. § 15. D. comm. 13, 6.

[1] l. 1. pr. D. h. t. 41, 1; § 11. I. de rer. div. 2, 1. — [2] l. 20. § 1. D. h. t. 41, 1.

beruht entweder auf dem Willen des bisherigen Eigenthümers (so bei der Tradition, der testamentarischen Erbschaft, dem Vermächtniß) oder auf einer richterlichen Verfügung (so bei der Adjudication, der impetratio dominii, der missio in possessionem wegen verweigerter cautio damni infecti, der richterlichen Execution eines Urtheils) oder endlich auf einer gesetzlichen Vorschrift (so bei der Intestaterbschaft und der Verwirkung des Eigenthums). Es sollen von diesen im Nachstehenden diejenigen nicht erörtert werden, welche in einem anderen Zusammenhang passender dargestellt werden: der Erwerb durch Erbschaft und durch Vermächtniß, der Erwerb durch impetratio dominii, in Folge der nicht bestellten cautio damni infecti, in Folge der Execution eines richterlichen Urtheils. Uebrig bleibt der Erwerb durch Tradition, Adjudication und in Folge der Verwirkung.

2. Man nennt eine Eigenthumserwerbsart originär (ursprünglich), wenn das Eigenthum des Erwerbers sich auf das Recht eines Anderen nicht stützt. Es ist dies der Fall sowohl dann, wenn vor dem Erwerbe kein Eigenthum an der Sache existirte (so bei neu entstehenden und bei herrenlosen Sachen), als auch dann, wenn zwar bereits das Eigenthum an einer Sache einer Person zustand, aber eine Vermittlung zwischen dem Eigenthum dieser Person und dem des Erwerbers fehlt. Hienach zerfallen die originären Erwerbsarten in zwei Classen: 1) an neu entstehenden resp. an herrenlosen Sachen, 2) an solchen Sachen, welche bereits in Jemandes Eigenthum standen. In die erste Classe gehört der Erwerb an Früchten, an neu entstehenden Grundstücken, durch Specification, durch Occupation, durch Finden eines Schatzes; in die zweite Classe der Erwerb durch Verbindung und durch Ersitzung.

II. Die einzelnen Erwerbsarten des Eigenthums.

A. Die derivativen.

1) § 131. Die Tradition.

Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht. 1867. — O. Mayer, die iusta causa bei Tradition und Usucapion. 1871. — Hofmann, die Lehre von Titulus und Modus und von der iusta causa traditionis. 1873. — Lotmar, Ueber Causa im R. R. 1875. S. 165 ff. — Schulin, einige Anwendungsfälle der Public. in rem actio. 1873. — Thorsch, das pact. reserv. domini. 1875. — Vangerow, § 311.

Durch die Tradition einer Sache (Uebergabe, § 116) geht deren Eigenthum auf den Besitzerwerber nur dann über, wenn 1) der Tradent fähig ist, das Eigenthum zu veräußern, der Besitzerwerber fähig, es zu erwerben; 2) wenn der Tradent des Willens ist, das Eigenthum zu veräußern, der Besitzerwerber des Willens, es zu erwerben.

1. Zur Veräußerung des Eigenthums fähig ist der Eigenthümer [1] sowie der Pfandgläubiger [2]. Durch kaiserliche Verordnungen ward jede Veräußerung Seitens des Fiscus, des Fürsten und seiner Ge-

---

[1] l. 20. pr. § 1. D. h. t. 41, 1; pr. § 2. I. qu. al. lic. 2, 8. — [2] l. 46. D. h. t. 41, 1; § 1. I. qu. al. l. 2, 8.

mahlin, selbst wenn sie an fremden Sachen geschieht, für giltig erklärt und dem bisherigen Eigenthümer bloß ein (binnen vier Jahren verjährender) Entschädigungsanspruch an den Veräußerer eingeräumt [3]; abgesehen von diesem Falle ist zur Veräußerung einer fremden Sache ein Auftrag oder eine Erlaubniß oder eine Genehmigung des Eigenthümers nöthig [4]; fehlen diese und erwirbt der Tradent später das Eigenthum der Sache oder wird der Tradent von dem Eigenthümer der Sache beerbt, so erlangt zwar der Besitzerwerber nicht den Namen eines Eigenthümers, wohl aber kann er alle Eigenthumsbefugnisse ausüben, und sie durch Klage (act. Publiciana, § 155) wie Einrede (exc. doli, rei venditae et traditae, § 153) geltend machen [5]. — Zur Erwerbung des Eigenthums fähig ist in der Regel jeder Rechtsfähige; die Ausnahmen, welche das Römische Recht macht (z. B. daß kein Senator Schiffe haben [6], kein Jude oder Heide einen christlichen Sklaven halten [7] solle) sind heut unpraktisch; neue Ausnahmen haben für gewisse Fälle moderne Particularrechte (z. B. bezüglich der Ausländer, früher bezüglich der Juden) eingeführt.

2. Der Wille, das Eigenthum zu übertragen resp. zu erwerben fehlt natürlich, wenn der Zweck, um dessenthalben die Tradition geschieht, nicht auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet ist (z. B. bei der Tradition auf Grund eines Pfandvertrags). Der Wille das Eigenthum zu übertragen fehlt nach der richtigen und jetzt herrschenden Meinung, wenn der Tradent, welcher selbst Eigenthümer der Sache ist, einen Anderen für ihren Eigenthümer hält, und als dessen Stellvertreter dessen angebliches Eigenthum auf den Besitzerwerber übertragen will [8]. Er fehlt ferner, wenn der Tradent sich in der Person des Besitzerwerbers irrt, indem er einer anderen Person, als derjenigen, welche den Besitz erwirbt, das Eigenthum übertragen will [9]; nur wird in vielen Fällen (z. B. beim Baarkauf) dieser Irrthum vom Tradenten nicht gerügt werden. Er fehlt endlich, wenn der Tradent in der übergebenen Sache irrt, indem er eine andere Sache übergiebt, als diejenige, welche er übergeben will [10]. Man drückt dies gewöhnlich so aus: des Tradenten error in dominio, in persona, in corpore hindert den Eigenthumsübergang. — Dagegen ist der Wille Eigenthum zu übertragen resp. zu erwerben dann vorhanden, wenn der Tradent aus einem falschen Motive übergiebt [11], z. B. er übergiebt eine Sache einem Anderen deshalb, weil er irrthümlich annimmt, daß er sie ihm schulde (mit anderen Worten: der sog. error in causa des Tradenten hindert den Uebergang des Eigenthums nicht; nach richtiger Meinung gilt dies selbst dann, wenn der Besitzerwerber nicht in demselben Irrthum sondern in mala fide ist, § 281 Note 19). Daraus folgt, daß wenn (durch ein Mißverständniß) der Tradent und der Besitzerwerber aus

[3] l. 2. l. 3. C. de quadr. pr. 7, 37; § 14. I. de usuc. 2, 6. — [4] l. 9. § 4. D. h. t. 41. l. 38. § 1. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — [5] ll. 1—3. D. de exc. r. v. et tr. 21, 3; l. 72. D. de r. v. 6, 1; l. 4. § 32. D. de dol. exc. 44, 4; l. 73. D. de ev. 21, 2; l. 14. C. de r. v. 3, 32; l. 14. C. de ev. 8, 45; l. 56. D. ad sct. treb. 36, 1. — [6] l. 3. D. de vac. 50, 5. — [7] l. 1. C. ne christ. manc. 1, 10. — [8] l. 35. D. h. t. 41, 1; l. 49. D. mand. 17, 1; l. 15. § 2. D. de contr. emt. 18, 1. — [9] l. 18. D. de sol. 46, 3; l. 43. § 1. l. 80. § 6. D. de furt. 47, 2. — [10] l. 36. D. h. t. 41, 1; l. 2. § 6. D. pro emt. 41, 4. — [11] t. D. 12, 6: de cond. ind.

verschiedenen Motiven handeln (z. B. jener will diesem ein Geschenk machen, dieser will von jenem ein Darlehn haben), der Wille Eigenthum zu übertragen resp. zu erwerben vorhanden ist und daß also das Eigenthum der übergebenen Sache auf den Empfänger übergeht; auch wird dies in einem Quellenzeugniß (von Julian[12]) bestätigt, in einem anderen hingegen (von Ulpian[13]) geleugnet, und trotz mannigfacher Versuche ist es bisher noch nicht gelungen, den Widerspruch aufzuklären. — Der Wille Eigenthum zu übertragen verfolgt stets einen concreten Zweck (causa traditionis, § 67[14]); meist besteht der Zweck darin, daß eine Schuld bezahlt (causa solvendi), oder darin, daß ein Geschenk gemacht (causa donandi), oder darin, daß ein Realcontract eingegangen (z. B. ein Darlehn, causa contrahendi seu obligandi seu credendi), oder darin, daß eine Dos bestellt (dotis constituendae causa), oder darin, daß der Empfänger für eine Forderung, die ihm zusteht, sicher gestellt werden soll (§ 184 a. E.). In zwei Fällen ist der Zweck durch singulären Rechtssatz für nichtig erklärt, so daß das Eigenthum auf den Besitzerwerber nicht übergeht, nämlich wenn ein Ehegatte dem anderen eine Sache tradirt, um ihn damit zu beschenken[15] (§ 347 Note 19), und wenn eine Frau eine Sache tradirt, um damit eine Intercessionsschuld zu bezahlen[16] (§ 255 Note 11); abgesehen hievon geht das Eigenthum auf den Besitzerwerber selbst dann über, wenn der Zweck ein rechtswidriger ist (daher erwirbt der gedungene Mörder das Eigenthum des Lohnes[17]). — Der Wille das Eigenthum zu übertragen ist regelmäßig an eine bestimmte Person gerichtet; in dem Auswerfen von Sachen unter das Volk (iactus missilium) liegt aber eine Tradition an eine unbestimmte Person[18]. — Der Wille das Eigenthum zu übertragen läßt Bedingungen und Zeitbestimmungen zu[19]; in Einem Falle gilt er kraft gesetzlicher Vorschrift als bedingt: wenn nämlich die Tradition auf Grund eines Kaufes geschieht, so geht das Eigenthum auf den Käufer erst dann über, wenn er den Kaufpreis gezahlt oder creditirt erhalten hat[20]. Häufig behält sich der Verkäufer, trotzdem er creditirt, das Eigenthum bis zur Bezahlung des Kaufpreises vor, oder er bedingt sich den Rückfall des Eigenthums aus, wenn bis zu einer bestimmten Zeit der Kaufpreis nicht gezahlt werde; alsdann spricht man von einem pactum reservati dominii (§ 290).

Noch zweierlei ist zu bemerken:

a. Die Tradition der Sache, welche veräußert werden soll, ist nach den Grundsätzen der §§ 116. 117 vorzunehmen; sie kann namentlich auch durch sog. brevi manu traditio und constitutum possessorium geschehen[21]; sie kann, wenn Derjenige, auf den das Eigenthum übergehen soll, bereits den juristischen Besitz der Sache hat, ganz unterbleiben[22].

---

[12] l. 36. D. h. t. 41, 1. — [13] l. 18. pr. D. de r. cr. 12, 1. — [14] l. 65. § 4. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 31. D. h. t. 41, 1. — [15] l. 5. § 18. l. 36. pr. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — [16] l. 32. §§ 1. 2. D. ad sct. Vell. 16, 1; l. 39. § 1. l. 40. D. de r. v. 6, 1. — [17] l. 2. D. de condictione ob turpem vel injustam causam 12, 5. — [18] l. 9. § 7. D. h. t. 41, 1; l. 5. § 1. D. pro der. 41, 7. — [19] l. 38. § 1. D. de poss. acq. 41, 2. — [20] l. 19. l. 53. D. c. e. 18, 1; § 41. I. de r. d. 2, 1. — [21] l. 46. l. 77. D. de r. v. 6, 1; l. 9. § 1. D. de Publ. 6, 2; l. 62. pr. D. de ev. 21, 2; l. 28. l. 35. § 5. C. de don. 8, 54. — [22] l. 21. § 1. D. h. t. 41, 1; l. 46. D. de r. v. 6, 1.

Auch die Mitwirkung von Stellvertretern ist zulässig, und es erwirbt der Vertretene das Eigenthum, falls der Stellvertreter als solcher die Sache empfängt. In einigen Fällen aber erwirbt nicht Derjenige das Eigenthum, der die Sache in eigenem Namen zu Eigenthum erhalten und angenommen hat, sondern statt seiner ein Anderer, welcher genau genommen nur eine persönliche Forderung an Jenen hat. So erwerben Mündel und Soldaten das Eigenthum derjenigen Sachen, welche ihre Vormünder resp. Geschäftsführer mit deren Gelde für sich angeschafft haben[23]; so ferner eine Ehefrau das Eigenthum derjenigen Sachen, welche ihr Ehemann mit dem von ihr (ungiltiger Weise) geschenkten Geld für sich angeschafft hat, unter der Voraussetzung, daß der Ehemann die angeschafften Sachen noch nicht veräußert hat[24]. Die Anomalie, welche in diesen Fällen liegt, hat zur Folge, daß die Klage der solchergestalt privilegirten Personen, mit welcher sie die Herausgabe der Sache verlangen, eine rei vindicatio utilis (nicht directa) ist. Neuere Juristen leugnen übrigens, daß die genannten Personen das Eigenthum der Sachen erwerben, und sie geben deren Begünstigung vielmehr dahin an, daß sie ihre Forderung (statt mit einer persönlichen) mit einer dinglichen Klage geltend machen können, und zwar nie gegen Singularsuccessoren ihres Schuldners, sondern nur gegen diesen selbst mit der Wirkung, daß sie, wenn ihr Schuldner in Concurs geräth, als sog. Vindicanten auftreten (§ 233). Diese Meinung ist nicht den Quellen gemäß.

b. Die Tradition der Sache ist bei einer Veräußerung Seitens einer Privatperson unter Lebenden nothwendig; denn es gilt der Grundsatz, daß der Wille einer veräußernden Privatperson an sich und ohne hinzukommende Tradition kein Eigenthum unter Lebenden überträgt[25]. Eine Ausnahme findet (was aber Viele bestreiten) nach einer Justinianischen Verordnung[26] statt, wenn Kirchen, milde Stiftungen und Städte einen auf Erwerb des Eigenthums gerichteten Vertrag abschließen; es geht alsdann sofort mit dem Abschluß des Vertrages das Eigenthum auf die Kirche u. s. w. über. Viele Juristen behaupten noch eine zweite Ausnahme; wenn zwischen zwei oder mehreren Personen eine allgemeine Gütergemeinschaft (§ 303) abgeschlossen werde, so gehen sofort mit der Perfection des Vertrages die Sachen der einzelnen Gesellschafter ins Miteigenthum der Anderen über[27]; allein der Uebergang des Miteigenthums beruht hier vielmehr darauf, daß mit der allgemeinen Gütergemeinschaft ein constitutum possessorium verbunden ist[28]. Neue Ausnahmen sind durch das Deutsche Recht hinzugekommen: die Auflassung, das Conossement; die Darstellung derselben gehört ins Deutsche Privatrecht.

2) § 132. Die Adjudication.

In den Theilungsprocessen (iudicium familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum, §§ 302. 305. 428) kann der Richter

[23] l. 2. D. quando ex f. 26, 9; l. 3. C. arb. tut. 5, 51; l. 8. C. de r. v. 3, 32. — [24] l. 55. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — [25] l. 20. C. de pact. 2, 3; l. 50. pr. D. de r. v. 6, 1; l. 15. C. eod. 3, 32; l. 45. D. de pact. 2, 14. — [26] l. 23. § 1. C. de s. eccl. 1, 2. — [27] l. 1. § 1. D. pro soc. 17, 2. — [28] l. 2. D. pro soc. 17, 2.

nach seinem Gutbefinden dem Einen Miteigenthümer das Alleineigenthum an der bisher gemeinsamen Sache zusprechen (alsdann muß er ihm zugleich die Zahlung einer Abfindungssumme an die Genossen auferlegen), oder er kann, wenn dies angeht, die Sache reell unter die Genossen vertheilen[1]. Sofort mit der Rechtskraft des Erkenntnisses (adiudicatio) erwirbt der Adjudicatar das Eigenthum der Sache resp. des reellen Theils[2]. — Uebrigens ist das Theilungsurtheil von dem in Folge einer rei vindicatio ergehenden und dem Kläger günstigen Urtheil wohl zu unterscheiden; durch das erstere wird das Eigenthum des Adjudicatars begründet, durch das letztere wird das Eigenthum des Klägers unstreitig gemacht[3].

3) § 133. Die Verwirkung.

Zur Strafe verwirkt sein Eigenthum:

1. Wer eine unerlaubte Selbsthilfe begeht, an den bisherigen Besitzer der Sache; ob diese Bestimmung noch heute gilt, ist streitig (§ 77 a. E.).

2. Wer eine zollpflichtige Sache dem Zoll zu entziehen sucht, an den Zollberechtigten (cadere in commissum [1]); unter gewissen Voraussetzungen wird die unterlassene Zollentrichtung verziehen[2]; in dieser Hinsicht gilt heut das Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 §§ 134 ff., welches die Confiscation der Contrebande resp. der defraudirten Sache vorschreibt.

3. Der Miteigenthümer eines Hauses, welcher seinen Antheil an den Reparaturkosten dem Genossen, welcher sie verauslagt hat, binnen vier Monaten nicht wiedererstattet, verliert sein Miteigenthum an diesen Genossen[3].

4. Wer ein fruchttragendes steuerpflichtiges Grundstück zwei Jahr lang nachlässigerweise unbebaut läßt, verliert das Eigenthum an Denjenigen, der es unterdeß in Cultur genommen hat, wofern er ihm nicht die Auslagen erstattet[4].

5. Wer eine zweite Ehe eingeht, verliert die Proprietät an den lucra nuptialia an die Kinder erster Ehe (§ 350).

B. Die originären Erwerbsarten des Eigenthums.

1) An neu entstehenden Sachen.

a. § 134. Der Fruchterwerb.

S. die Literatur zu § 41 und außerdem Köppen, der Fruchterwerb des b. f. poss. 1872. — Vangerow, §§ 312. 326.

Die natürlichen Erzeugnisse sind, solange sie mit der erzeugenden Sache verbunden sind, deren Theile[1], und stehen deshalb in demselben Rechtsverhältniß wie diese. Mit ihrer Trennung (Separation) von der

---

[1] §§ 4—6. I. de off. jud. 4, 17; l. 12. § 2. l. 16. § 1. l. 36. l. 44. § 1. l. 47. pr. l. 55. D. fam. erc. 10, 2. — [2] § 7. I. de off. jud. 4, 17. — [3] l. 8. § 4. D. si s. v. 8, 5; l. 35. § 1. D. de r. v. 6, 1.

[1] l. 8. l. 16. §§ 4. 10. D. de publ. 39, 4. — [2] t. D. 39, 4: de publicanis et vectigalibus et commissis; t. C. 4, 61: de vectigalibus et commissis. — [3] l. 52. § 10. D. pro soc. 17, 2; l. 4. C. de aed. pr. 8, 10. — [4] l. 8. C. de omni agro des. 2, 58.

[1] l. 44. D. de r. v. 6, 1.

erzeugenden Sache werden sie selbständige Sachen, und ihr Eigenthum erwirbt regelmäßig Derjenige, welcher im Augenblick der Separation das Eigenthum der erzeugenden Sache hat[2]. In einigen Fällen gelangt jedoch das Eigenthum an denjenigen natürlichen Erzeugnissen, welche Früchte sind (§ 41), an andere Personen:

1. Wenn Jemand ein dingliches Nutzungsrecht (Emphyteuse, Nießbrauch) an der erzeugenden Sache hat, so gelangt das Eigenthum der Früchte in originärer Weise an den Nutzungsberechtigten, und zwar an den Emphyteuta sofort mit der Separation[3], an den Usufructuar erst mit der einseitigen Besitzergreifung (perceptio fructuum)[4].

2. Wenn Jemand durch eine Obligation das Recht auf die Nutzungen einer Sache erlangt hat, so erwirbt er das Eigenthum der Früchte dadurch, daß er sie mit dem Willen des Eigenthümers der erzeugenden Sache in Besitz nimmt, also durch eine derivative Erwerbsart, nämlich durch Tradition[5]. Hierher gehört namentlich der Pächter und der antichretische Pfandgläubiger.

3. Der redliche Besitzer einer Sache hat zwar weder ein dingliches Nutzungsrecht an derselben, noch kraft Obligation ein Recht auf ihre Nutzungen; trotzdem erwirbt er das Eigenthum der Früchte und zwar in originärer Weise mit ihrer Separation[6]. Justinian giebt als Grund an: pro cultura et cura[7], richtiger dürften es Rücksichten auf den allgemeinen Verkehr gewesen sein. Der redliche Besitzer erwirbt die Früchte selbst dann, wenn die erzeugende Sache nicht ersitzungsfähig (z. B. res furtiva) ist[8]. Immer wird vorausgesetzt, daß der redliche Besitzer sich auf einen giltigen Titel stützt; entgegengesetzten Falles (z. B. bei einer Schenkung eines Ehegatten an den anderen) erwirbt er bloß die industrialen Früchte[9]. Die Redlichkeit muß nach der Ansicht der späteren[10] römischen Juristen im Augenblick der Separation der Früchte vorhanden sein[11].

Obgleich der redliche Besitzer das Eigenthum der Früchte erwirbt, so muß er doch, wenn der Eigenthümer der erzeugenden Sache die letztere von ihm vindicirt, mit der erzeugenden Sache auch die vorhandenen Früchte (als causa rei, § 95 unter II. a) herausgeben[12], während eine selbständige Vindication der vorhandenen Früchte sowie eine Ersatzforderung für die consumirten Früchte dem Eigenthümer der erzeugenden Sache nicht zusteht; daher heißt es in den Quellen, daß der redliche Besitzer fructus interim suos facit[13], fructus consumtos suos facit[14]. Jene Restitutionspflicht und die gedachten Quellenaussprüche haben einige Romanisten zu der Behauptung veranlaßt, daß der redliche

---

[2] § 19. I. h. t. 2, 1; l. 2. l. 6. D. h. t. 41, 1; l. 5. § 2. D. de r. v. 6, 1. — [3] l. 13. D. qu. m. us. am. 7, 4; l. 25. § 1. l. 28. D. de us. 22, 1; §§ 36—38. I. h. t. 2, 1. — [4] l. 25. § 1. i. f. D. de us. 22, 1. — [5] l. 6. D. de don. 39, 5; l. 16. D. de pr. v. 19, 5; l. 61. § 8. D. de furt. 47, 2. — [6] l. 13. i. f. D. qu. m. us. am. 7, 4; l. 25. § 1. i. f. l. 28. D. de us. 22, 1; l. 48. pr. D. h. t. 41, 1. — [7] § 35. I. h. t. 2, 1. — [8] l. 48. pr. D. h. t. 41, 1. — [9] l. 45. D. de us. 22, 1. — [10] Ueber die älteren s. l. 25. § 2. D. de us. 22, 1. — [11] l. 23. § 1. l. 40. l. 48. § 1. D. h. t. 41, 1. — [12] § 35. I. h. t. 2, 1; § 2. I. de off. jud. 4, 17; l. 22. C. de r. v. 6, 1. — [13] l. 48. pr. D. h. t. 41, 1. — [14] l. 40. D. h. t. 41, 1; l. 4. § 19. D. de usurp. 41, 3.

Besitzer an den Früchten auch nach ihrer Trennung von der erzeugenden Sache bloß redlichen Besitz habe; Andere schreiben ihm zwar Eigenthum zu, aber nur ein schwebendes bis zu dem Augenblick, wo der redliche Besitzer die Früchte consumirt resp. der Eigenthümer der fruchttragenden Sache sie vindicirt (vgl. § 128 Note 7—9). Diese Meinungen sind unhaltbar, da das Eigenthum des redlichen Besitzers an den Früchten und zwar das definitive Eigenthum in mehreren Quellenzeugnissen[15] unzweideutig anerkannt ist.

b. § 135. Erwerb an neu entstehenden Grundstücken.

Vangerow, § 328.

Neu entstehende Grundstücke werden verschieden beurtheilt, je nachdem sie sich im Meere erheben oder an die Stelle eines öffentlichen Flusses treten. Erstere (insula in mari nata) sind herrenlos und das Eigenthum derselben fällt daher an den Occupanten[1]; von letzteren gelten folgende Grundsätze:

1. Entsteht das Grundstück durch allmähliches Anspülen von Erdtheilen ans Ufer (alluvio), so gehört es dem Eigenthümer des dadurch erweiterten Ufergrundstücks[2].

2. Entsteht das Grundstück dadurch, daß ein Fluß sein Bett verläßt, sei es daß er versandet (alveus relictus) oder daß er sich anderweitig ein neues Bett gräbt (alveus mutatus), so gehört es den beiden Ufereigenthümern; dieselben haben sich nach einer durch die Mitte des Flusses gezogenen Linie darein zu theilen[3]. Derjenige, welcher durch das neue Flußbett sein Eigenthum verliert, hat keinen Entschädigungsanspruch an Jene.

3. Dieselben Grundsätze gelten, wenn eine Insel in einem öffentlichen Fluß entsteht (insula in flumine publico nata)[4]; es gilt dieselbe als ein über die Wasserfläche erhöhtes Flußbett[5], und sie wird von den beiderseitigen Ufereigenthümern nach einer durch die Mitte des Flusses gezogenen Linie erworben.

Uebrigens galten die obigen Regeln nicht bei denjenigen Aeckern, welche dem Feinde abgenommen (ager manucaptus) und zu Gunsten des Römischen Staates eingezogen worden waren; dieselben wurden vermessen (daher ihr Name agri limitati, während alle sonstigen Aecker agri arcifinii, occupatorii hießen), und entweder verkauft (ager quaestorius) oder zur Gründung von Colonien verwendet (ager assignatus) oder der gemeinsamen Benutzung aller Bürger vorbehalten (ager subsecivus)[6]. Grundstücke, welche in einem von ager limitatus begrenzten Fluß entstanden, wurden als herrenlos angesehen[7]. Heutzutage ist diese Ausnahme weggefallen.

---

[15] S. oben die Stellen in N. 6. 7.

[1] § 22. I. h. t. 2, 1; l. 7. § 3. D. h. t. 41, 1. — [2] § 20. I. h. t. 2, 1; l. 7. § 1. l. 56. pr. D. h. t. 41, 1. — [3] §§ 23. 24. I. h. t. 2, 1; l. 7. §§ 5. 6. l. 30. §§ 1. 3. l. 38. l. 56. § 1. D. h. t. 41, 1. — [4] § 22. I. h. t. 2, 1; l. 7. §§ 3. 4. l. 29. l. 30. pr. l. 56. pr. l. 65. §§ 2. 3. D. h. t. 41, 1; l. 1. § 6. D. de flum. 43, 12. — [5] l. 30. § 2. D. h. t. 41, 1. — [6] cf. die Agrimensoren Siculus Flaccus u. Julius Frontinus. — [7] l. 16. D. h. t. 41, 1; l. 1. §§ 6. 7. D. de flum. 43, 12.

c. § 136. Erwerb durch Specification (Verarbeitung).

Vangerow, § 310.

Specification (ein moderner Ausdruck, hergenommen von speciem aliquam facere ex materia[1]) ist die Verarbeitung einer Sache in solcher Weise, daß daraus eine neue Sache wird; daher liegt keine Specification in dem Ausdreschen von Getreide[2], in dem Färben von Wolle[3], wohl aber in dem Mahlen von Getreide, Pressen von Oliven und Trauben zu Oel und Wein[4] u. dgl. m.

Wer seine eigene Sache specificirt, erwirbt selbstverständlich deren Eigenthum. Die Beurtheilung der Specification einer fremden Sache war unter den alten römischen Juristen streitig, indem die Sabinianer dem Eigenthümer des Stoffes, die Proculianer dem Arbeiter das Eigenthum der neuen Sache zuschrieben; einige Juristen stellten eine mittlere Ansicht auf[5], welche Justinian[6] billigte, und nach welcher der Arbeiter das Eigenthum der neuen Sache nur dann erwirbt, wenn sie sich auf die alte Gestalt nicht wieder zurückführen läßt; falls er aber theilweis aus eigenem, theilweis aus fremdem Stoff die neue Sache anfertigte, so erwirbt er ihr Eigenthum selbst dann, wenn sie in die frühere Gestalt wieder zurückgebracht werden kann[7]. Streitig ist, auf welchem Grunde der Erwerb Seitens des Specificanten ruht: ob er kraft Occupation erwirbt (denn die Sache war als neue noch in Niemandes Eigenthum) oder als Belohnung für seine Arbeit (denn er erzeugte die neue Sache); die letztere Meinung ist die richtige; denn schon vor der Specification existirte die neue Sache als alte und kann deshalb nicht als herrenlos gelten. Daraus folgt, daß der Specificant nur dann erwirbt, wenn er die Specification redlicher Weise vollzog (denn nur dann verdient seine Arbeit einen Lohn); zwar wollen die Anhänger der Occupationstheorie auf die Redlichkeit resp. die Unredlichkeit des Specificanten kein Gewicht legen, allein ihre Meinung wird durch Quellenzeugnisse ausdrücklich widerlegt[8].

Uebrigens ist man jetzt darüber einig, daß der Specificant, wenn er das Eigenthum der neuen Sache erwirbt, dem bisherigen Sacheigenthümer seine Bereicherung herausgeben muß; Quellenzeugnisse fehlen hiefür.

2) Originärer Erwerb an herrenlosen Sachen.

a. § 137. Die Occupation.

Vangerow, § 308.

Durch die Occupation (die einseitige Besitzergreifung) einer Sache erwirbt der Occupant das Eigenthum an derselben dann, wenn sie eine herrenlose ist[1]. Die wichtigsten herrenlosen Sachen sind:

1. Dereliquirte Sachen, d. h. solche, welche der Eigenthümer auf-

[1] l. 7. § 7. D. h. t. 41, 1. — [2] l. 7. § 7. D. h. t. 41, 1; Anders § 25. I. h. t. 2, 1. — [3] l. 26. § 3. D. h. t. 41, 1. — [4] §. 25. I. h. t. 2, 1. — [5] § 25. I. h. t. 2, 1; l. 24. l. 26. pr. D. h. t. 41, 1. — [6] l. 7. § 7. D. h. t. 41, 1. — [7] § 25. i. f. I. h. t. 2, 1. — [8] l. 12. § 3. D. ad exh. 10, 4; l. 13. l. 14. § 3. D. de cond. f. 13, 1; l. 4. § 20. D. de usuc. 41, 3; l. 52. § 14. D. de furt. 47, 2.

[1] l. 3. pr. D. h. t. 41, 1.

gegeben, verlassen hat[2]; als solche gelten nicht diejenigen Sachen, welche der Schiffer bei Gelegenheit einer Seegefahr auswirft, um das Schiff zu erleichtern[3].

2. Wilde Thiere, d. h. Thiere in ihrer natürlichen Freiheit (§ 38); sie können nach Römischem Rechte von Jedem überall occupirt werden[4], nur begeht derjenige, welcher dies auf fremdem Grund und Boden wider den Willen des Grundeigenthümers thut, eine Rechtswidrigkeit (Injurie, § 321)[5]; zahmgemachte Thiere dürfen dann occupirt werden, wenn sie ihre Gewohnheit zurückzukehren abgelegt haben[6]; zahme Thiere unterliegen nie der freien Occupation[7]. — Diese Regeln gelten heut nicht mehr bei sog. jagdbaren Thieren und Fischen; dieselben dürfen gewöhnlich nur vom Grundeigenthümer oder von dem Inhaber des Jagdregals resp. der Fischereigerechtigkeit occupirt werden; die nähere Ausführung hievon gehört in das Deutsche Privatrecht.

3. Sachen der Feinde. Nach Römischem Rechte unterliegt alles Gut des feindlichen (ja sogar, eines nicht verbündeten) Staats und seiner Bürger der freien Occupation, und zwar nicht bloß Seitens der Soldaten, sondern Seitens eines Jeden[8]. Dieselbe Befugniß erkennen die Römer ihren Feinden sich gegenüber zu; kommt eine römische vom Feinde erbeutete Sache wieder in das Gebiet des römischen Staats oder eines Bundesgenossen, so fällt sie nicht an den früheren römischen Eigenthümer zurück, mit Ausnahme gewisser Sachen, welche das ius postliminii haben: Grundstücke, Sklaven, Schiffe, Pferde, Maulthiere, welche im Kriege gebraucht werden[9]. Diese Grundsätze sind durch das neuere Völkerrecht im Landkriege wesentlich abgeändert worden; im Seekriege haben sie bis in die neueste Zeit hinein fast unverändert gegolten, wohingegen im Pariser Frieden von 1856 mildernde Bestimmungen festgesetzt wurden; die nähere Ausführung hievon gehört in das Völkerrecht.

b. § 138. Die Schatzfindung.

Vangerow, § 309.

Die Legaldefinition des Schatzes lautet: thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius memoria non exstat, ut iam dominum non habeat[1]. Danach ist der Schatz ein seit längerer Zeit verborgener Gegenstand von Werth, dessen Eigenthümer nicht zu ermitteln ist, und welcher deshalb als herrenlose Sache behandelt wird. Wer[2] in eigenem Grund und Boden einen Schatz findet (Besitzergreifung ist nicht nöthig, sondern es genügt die bloße Entdeckung), erwirbt ihn ganz; wer ihn auf

---

[2] § 47. I. h. t. 41, 1; l. 1. D. pro der. 41, 7; l. 43. § 5. D. de furt. 47, 2. — [3] § 48. I. h. t. 2, 1; l. 9. § 8. D. h. t. 41, 1; l. 8. D. de l. Rhod. 14, 2. — [4] §§ 12—16. I. h. t. 2, 1; l. 1. § 1. l. 6. § 6. l. 44. l. 45. D. h. t. 41, 1. — [5] l. 3. § 1. D. h. t. 41, 1; cf. l. 13. § 7. D. de inj. 47, 10. — [6] l. 5. § 5. D. h. t. 41, 1. — [7] l. 5. § 6. D. h. t. 41, 1. — [8] § 17. I. h. t. 2, 1; l. 5. § 7. l. 51. § 1. D. h. t. 41, 1. — [9] l. 2. l. 3. l. 20. § 1. l. 28. D. de capt. 49, 15; l. 10. C. eod. 8, 51.

[1] l. 31. § 1. D. h. t. 41, 1; vgl. l. un. C. de thes. 10, 15. — [2] § 39. I. de rer. div. 2, 1; l. un. C. cit. 10, 15.

fremdem Grund und Boden findet und zwar zufällig oder mit Erlaubniß des Eigenthümers suchend, erwirbt ihn zur Hälfte, während die andere Hälfte dem Grundeigenthümer gehört; hat Jemand auf fremdem Grund und Boden ohne Erlaubniß des Eigenthümers oder in Folge dessen Auftrags nach dem Schatz gesucht, so erwirbt ihn der Grundeigenthümer allein; findet ihn Jemand auf herrenlosem Boden, so erwirbt er ihn ganz; danach müßte er ihn nach Römischem Rechte auch dann ganz erwerben, wenn er ihn in geweihtem Grundstücke oder in einem Begräbnißplatz (in loco sacro vel religioso) findet; es wird dies jedoch bloß in den Institutionen[3] bestätigt, während in einer Pandektenstelle[4] der in einem Begräbnißplatz gefundene Schatz zur einen Hälfte dem Finder, zur anderen dem Fiscus zugewiesen wird; die Antinomie ist heut gleichgiltig, da geweihte Grundstücke sowie Begräbnißplätze heut im Privateigenthum stehen (§ 46). Der Finder verliert sein Recht an den Fiscus, wenn er bei dem Suchen des Schatzes böse Künste oder unerlaubte Mittel angewendet hat. — Von Schätzen, welche in beweglichen Sachen gefunden werden, sprechen die Quellen nicht; doch ist anzunehmen (was freilich Einige bestreiten), daß auch auf diese die obigen Grundsätze analoge Anwendung finden. — Zu unterscheiden von dem Funde des Schatzes ist der Fund einer verlorenen Sache; hieran erwirbt der Finder kein Eigenthum[5]; auch hat er nach Römischem Rechte keinen Anspruch auf einen Fundlohn[6].

3) Originärer Erwerb an Sachen eines Anderen.

a. § 139. Die Verbindung.

Bechmann, zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten. 1867. — Göppert, in dem oben bei § 37 citirten Buche. — Vangerow, §§ 329—331.

Werden die Sachen verschiedener Eigenthümer mit deren Willen mit einander verbunden, so gelangt das daraus hervorgehende Ganze (nach den Grundsätzen über den Eigenthumserwerb durch Tradition, § 131) in das Miteigenthum Jener, und es ist hiebei gleichgiltig, ob die Verbindung eine wiederauflösbare ist oder nicht[1]. — Erfolgt hingegen die Verbindung ohne den Willen der Eigenthümer (sei es mit dem Willen bloß Eines von ihnen oder Keines, also durch einen Dritten oder durch Zufall), so hängt die Eigenthumsfrage von der Art der Verbindung ab. Ist sie eine widerauflösbare (z. B. bei einer Verschmelzung von Blei und Silber[2]), so bleibt das Eigenthum unverändert und bloß die Vindication der einzelnen verbundenen Sachen ist nicht **sofort** zulässig, sondern erst nach ihrer Trennung, welche mit der act. ad exhibendum (§ 326) herbeigeführt werden kann. Ist hingegen die Verbindung eine unauflösliche, so ändern sich die Eigenthumsverhältnisse, und zwar ist die Aenderung verschieden, je nachdem die verbundenen Sachen zu einander in **gleichem** Verhältniß oder in dem Verhältniß von **Haupt-** und **Nebensache** stehen.

[3] § 39. I. cit. 2, 1. — [4] l. 3. § 10. D. de j. f. 49, 14. — [5] l. 67. D. de r. v. 6, 1. — [6] l. 43. § 9. D. de furt. 47, 2.

[1] l. 7. § 8. D. h. t. 41, 1; § 28. I. h. t. 2, 1. — [2] l. 5. § 1. D. de r. v. 6, 1; l. 12. § 1. D. h. t. 41, 1.

I. **Die unauflöslich verbundenen Sachen stehen in gleichem Verhältniß.** Sind sie flüssig, so erwerben ihre Eigenthümer das Miteigenthum am Ganzen nach Verhältniß des Werths der verbundenen Sachen[3]; der Grund ist, weil die beiden Sachen sich in allen ihren Theilen gegenseitig durchdringen. Sind sie fest (z. B. Getreidemassen), so bleiben sie, da ihre Theile sich gegenseitig nicht afficiren, eine jede bei ihrem Eigenthümer wie bisher; da jedoch dies Resultat praktisch unausführbar ist, so wird das Ganze (wie bei flüssigen Sachen) unter die Eigenthümer der verbundenen Sachen vertheilt, wie wenn sie daran Miteigenthum erworben hätten[4]: m. a. W. es findet zwar keine act. communi dividundo unter den Eigenthümern statt, aber ein Jeder kann die rei vindicatio pro modo frumenti cuiusque anstellen. — Besondere Bestimmungen gelten, wenn Jemand fremdes Geld mit seinem eigenen ununterscheidbar vermischt hat; er erwirbt hieran (aus Rücksicht auf den allgemeinen Verkehr) das Eigenthum[5], haftet aber dem bisherigen Eigenthümer bald nach den Grundsätzen des Diebstahls bald nach denen der Bereicherung (§§ 311. 280). — Uebrigens nennen die Neueren die unauflösliche Verbindung von flüssigen Dingen confusio (Vermischung), die von festen commixtio (Vermengung); in den Quellen werden beide Ausdrücke promiscue gebraucht.

II. **Die unauflöslich verbundenen Sachen stehen zu einander in dem Verhältniß von Haupt- und Nebensache.** Dann gilt der Grundsatz, daß der Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum der Nebensache erwirbt (durch Accession, wie die Neueren sagen); die Frage aber: was ist Hauptsache resp. Nebensache? ist nach folgenden Regeln zu beantworten:

1. **Tritt eine unbewegliche Sache zu einer anderen unbeweglichen Sache** in eine unauflösliche Verbindung, so gilt die letztere als Hauptsache; daher erwirbt der Eigenthümer eines Ufergrundstücks das Eigenthum des Grundstücks, welches durch Wassergewalt anderweitig abgerissen und mit jenem zusammmengewachsen ist (z. B. dadurch daß die Bäume des angetriebenen Grundstücks ihre Wurzeln in das andere hineingetrieben haben[6]). Neuere sprechen hier von dem Erwerb des Eigenthums durch Avulsion.

2. **Tritt eine bewegliche Sache zu einer unbeweglichen** in eine unauflösliche Verbindung, so gilt die letztere als Hauptsache; daher erwirbt der Eigenthümer eines Grundstücks das Eigenthum der fremden Pflanzen, welche Wurzeln auf jenem geschlagen haben (durch plantatio, wie die Neueren sagen[7]); ferner erwirbt er das Eigenthum des Gebäudes als Ganzen, welches aus fremden Baumaterialien auf dem Grundstück errichtet worden ist (durch inaedificatio, wie die Neueren sagen), nicht aber erwirbt er zugleich (wie Viele gegen klare Quellen-

---

[3] l. 7. § 9. D. h. t. 41, 1; l. 3. § 2. l. 4. l. 5. § 1. D. de r. v. 6, 1; § 27. i. f. I. h. t. 2, 1. — [4] § 28. I. h. t. 2, 1; l. 5. pr. D. de r. v. 6, 1. — [5] l. 78. D. de sol. 46, 3. — [6] l. 7. § 2. D. h. t. 41, 1; § 21. I. h. t. 2, 1. — [7] §§ 31. 32. I. h. t. 2, 1; l. 7. § 13. l. 9. pr. l. 26. § 2. D. h. t. 41, 1; l. 2. l. 11. C. de r. v. 3, 32; l. 83. D. pro soc. 17, 2; l. 19. pr. D. c. d. 10, 3.

aussprüche behaupten) das Eigenthum an den einzelnen Baumaterialien[8]. Dabei ist es gleichgiltig, ob der Eigenthümer der Pflanzen resp. der Baumaterialien diese mit dem fremden Grundstück, oder ob der Eigenthümer des Grundstücks fremde Pflanzen resp. Baumaterialien mit seinem Grundstück verbunden hat.

3. Tritt eine bewegliche Sache zu einer anderen beweglichen Sache in eine unauflösliche Verbindung (was bei den Neueren adiunctio heißt), so gilt als Hauptsache nicht etwa die werthvollere[9] sondern zuweilen diejenige, für welche die andere bestimmt erscheint[10], zuweilen diejenige, ohne welche die andere nicht bestehen kann[11]. Von dem ersten Gesichtspunkt aus ist die Statue die Hauptsache gegenüber dem angeschweißten (durch ferruminatio verbundenen) Fuß oder Arm, der Becher gegenüber dem angefügten Henkel[12]; von dem zweiten Gesichtspunkt aus ist das Papier die Hauptsache gegenüber der Schrift (licet literae aureae sint)[13], die Leinwand oder Tafel gegenüber der Farbe[14]; bei dem Gemälde im engeren Sinn ist jedoch nach einer Justinianischen Entscheidung[15] die Malerei, nicht die Leinwand oder Tafel die Hauptsache. — Die soeben erörterten Grundsätze finden in gleicher Weise auch bei der wiederauflösbaren Verbindung von Mobilien Anwendung, welche verschiedenen Eigenthümern gehören[16]; wenngleich alsdann die Nebensache ihrem bisherigen Eigenthümer verbleibt, so ist doch zugleich der Eigenthümer der Hauptsache, solange die Verbindung dauert, der Eigenthümer des Ganzen (§ 129 unter 2), namentlich kann er das Ganze, wenn es von einem Dritten besessen wird, vindiciren; der Eigenthümer der Nebensache kann vermöge der act. ad exhibendum (§ 326) die Trennung derselben von der Hauptsache herbeiführen, und tritt hienach wieder in die Ausübung seines Eigenthums. Nach der Meinung einiger Juristen geht das Eigenthum der Nebensache selbst bei trennbarer Verbindung unter, lebt aber bei ihrer Trennung von der Hauptsache wieder auf; diese Meinung ist nicht quellengemäß.

In allen unter II dargestellten Fällen entsteht die Frage, ob der frühere Eigenthümer der Nebensache von dem der Hauptsache Ersatz verlangen könne. Darüber gelten, wie man fast allgemein annimmt, folgende Grundsätze: Bei dem Eigenthumsverlust durch Avulsion entsteht kein Anspruch irgend welcher Art, weil diejenigen Nachtheile, welche die Naturgewalt herbeiführt, ohne Widerspruch hingenommen werden müssen. In den übrigen Fällen kommt es darauf an, ob der Eigenthümer der Nebensache die Verbindung vorgenommen hat oder nicht; letzteren Falles erwirbt der frühere Eigenthümer der Nebensache stets einen Anspruch an den jetzigen Eigenthümer des Ganzen, welchen er mit verschiedenen Rechts-

[8] §§ 29. 30. I. h. t. 2, 1; l. 7. §§ 10—12. l. 28. D. h. t. 41, 1; l. 16. C. de r. v. 3, 32; l. 23. § 7. D. de r. v. 6, 1; l. 7. § 2. D. de exc. r. j. 44, 2; l. 27. § 32. D. ad l. Aq. 9, 2. — [9] § 26. I. h. t. 2, 1; l. 19. § 20. D. de auro 34, 2. — [10] l. 26. § 1. D. h. t. 41, 1; l. 23. § 5. D. de r. v. 6, 1; § 26. I. h. t. 2, 1; l. 19. §§ 13—16. l. 20. D. de auro 34, 2. — [11] l. 23. § 3. D. de r. v. 6, 1; § 33. I. h. t. 2, 1. — [12] Vgl. die Stellen der N. 10. — [13] l. 23. § 3. D. de r. v. 6, 1. — [14] § 26. I. h. t. 2, 1; l. 26. § 3. D. h. t. 41, 1. — [15] § 34. I. h. t. 2, 1; l. 9. § 2. D. h. t. 41, 1; l. 23. § 3. D. de r. v. 6, 1. — [16] l. 23. § 5. l. 61. D. de r. v. 6, 1; l. 6. l. 7. §§ 1. 2. D. ad. exh. 10, 4. l. 21. § 4. D. de furt. 47, 2.

mitteln geltend machen kann (condictio furtiva, act. ad exhibendum, rei vindicatio utilis[17], actio de tigno iuncto[18], act. in factum[19]); ersteren Falls hat der frühere Eigenthümer der Nebensache, falls er redlich war, ein Retentionsrecht am Ganzen[20] (nicht ein Klagrecht[21]) bis ihm der Eigenthümer des Ganzen den Werth der Nebensache ersetzt hat; ob ihm auch dann, wenn er unredlich war, dieses Retentionsrecht zuzusprechen: darüber besteht in den Quellen eine Antinomie[22]; die herrschende Meinung enscheidet sich mit Recht für die Verneinung.

b. Die Ersitzung.

t. D. XLI, 3: de usurpationibus et usucapionibus. — t. C. VII, 33: de praescriptione longi temporis X vel XX annorum. — t. I. II, 6: de usucapionibus et longi temporis possessionibus. — Unterholzner, Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre, 2. Aufl. bearbeitet von Schirmer. 1858. — Schirmer, die Grundidee der Usucapion im Römischen Recht. 1855.

α. § 140. Historische Einleitung.

Vangerow, §§ 314—316.

Die Legaldefinition der Ersitzung lautet: usucapio est adiectio (adeptio) dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti[1]. Danach ist die Ersitzung die Erwerbung des Eigenthums durch lang fortgesetzten Besitz einer Sache. Ihr Grund liegt (wie bei der Klagverjährung) in dem Bestreben der Gesetzgebung, den Vermögensverhältnissen eine endliche Sicherheit zu verschaffen[2]. Wenn nämlich die Sachen ihre Herren wechseln (was bei ausgedehntem Verkehr sehr häufig geschieht), so ereignet es sich oft, daß ein zum Erwerb des Eigenthums vorgeschriebenes Erforderniß fehlt, namentlich daß die Erwerbsart mangelhaft ist (z. B. im vorjustinianischen Recht, wenn eine res mancipi dem Erwerber tradirt wird[3]), oder daß der Veräußerer das Eigenthum der veräußerten Sache nicht hat[4], oder daß der Veräußerer nicht handlungsfähig ist. Solche Mängel sind bei jedem Erwerbe denkbar und oft nur durch eine übertriebene Aengstlichkeit zu vermeiden, welche von einem ordentlichen Hausvater nicht angewendet zu werden braucht. Ja, selbst wenn ein Erwerb durchaus fehlerlos geschehen ist, so kann oft (namentlich wenn eine lange Zeit verstrichen ist) die Fehlerlosigkeit nicht bewiesen werden. Hieraus entspringt nicht bloß eine Beschwerde für den Einzelnen, welcher das Erwerbsgeschäft vorgenommen hat, sondern eine allgemeine Unsicherheit der Vermögensverhältnisse, also eine allgemeine Calamität, und es ist die Aufgabe der Gesetzgebung, einem solchen Mißstande vorzubeugen.

1. Das alte Römische Recht führte deshalb die Usucapion ein.

---

[17] l. 5. § 3. D. de r. v. 6, 1; l. 9. § 2. D. h. t. 41, 1; § 34. I. h. t. 2, 1. — [18] Oben § 126. a. E. — [19] l. 23. § 5. D. de r. v. 6, 1. — [20] l. 23. § 4. D. de r. v. 6, 1; l. 7. § 12. l. 9. pr. § 1. D. h. t. 41, 1; §§ 30. 32. 33. I. h. t. 2, 1; l. 5. l. 11. l. 16. C. de r. v. 3, 32. — [21] l. 33. D. de cond. ind. 12, 6; l. 14. § 1. l. 29. pr. D. c. d. 10, 3; l. 14. D. de d. m. 44, 4; vgl. unten § 309. N. 19. 20. — [22] Zwischen § 30. I. h. t. 2, 1; l. 7. § 12. D. h. t. 41, 1; l. 37. D. de r. v. 6, 1; l. 5. C. de r. v. 3, 32 einerseits und l. 38. D. de h. p. 5, 3 andererseits.

[1] l. 3. D. h. t. 41, 3. — [2] l. 1. D. h. t. 41, 3. — [3] Gai. 2, 41. — [4] Gai. 2, 43.

Indem die zwölf Tafeln[5] den Grundsatz aufstellten, daß Grundstücke in zwei Jahren, andere Sachen in einem Jahre ersessen werden können (fundi biennium, ceterarum rerum annus usus esto), verliehen sie zwar der Zeit die Macht, factisch Bestehendes in rechtlich Giltiges umzuwandeln; jedoch lag hierin keine Härte schon deshalb, weil dem Eigenthümer der Sache eine gewisse Zeit gewährt war, um die Sache zurückzufordern[6]; auch verfuhren die zwölf Tafeln mit besonderer Vorsicht, indem sie vom Usucapienten verlangten, daß er ein zum Zweck des Erwerbs der Sache vorgenommenes Rechtsgeschäft (Titel) nachweise, und daß er (abgesehen von wenigen Fällen, wie usucapio pro herede, ex fiducia, ex praediatura[7]) redlich sei, sowie endlich, indem sie einige Sachen von der Usucapion ganz ausnahmen (so namentlich die res furtivae[8]).

2. Die Usucapion war auf Provinzialgrundstücke nicht anwendbar[9]; Peregrinen ferner konnten sich nicht darauf berufen[10]. Das spätere Recht stellte deshalb den Grundsatz auf, daß, wer ein Provinzialgrundstück zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes (§ 142) auf Grund eines Titels und redlich besitze, in diesem Besitze geschützt werden sollte; es sollte dann die rei vindicatio des Eigenthümers verjährt sein, und dem Besitzer gegen diese Klage eine longi temporis praescriptio s. exceptio zustehen; später[11] (und dies ward von Justinian[12] bestätigt), ward ihm sogar, wenn er nach Ablauf jener Zeit den Besitz verlor, eine Klage gegen den bisherigen Eigenthümer der Sache gegeben, so daß die longi temporis praescriptio aus einer Klagenverjährung in eine wahre Ersitzung überging. Sie gewährte dem Präscribenten sogar mehr Vortheile als die Usucapion dem Usucapienten, denn

a. trotz vollendeter Usucapion blieb das Pfandrecht, das der frühere Eigenthümer bestellt hatte, bestehen[13]; die longi t. pr. war auch gegen die Klage des Pfandgläubigers zulässig[14];

b. die accessio temporis (§ 142) kam bei der Usucapion bloß dem Erben[15] und dem Käufer[16] zu Statten, welche sich die Besitzzeit des Erblassers resp. des Verkäufers anrechnen konnten; bei der l. t. pr. kam diese jedem Nachfolger zu Gute[17];

c. der Usucapient mußte, falls er sich auf eine Schenkung stützte, nicht bloß im Anfang, sondern die ganze Usucapionsfrist hindurch redlich sein[18] (was freilich die herrschende Meinung leugnet); bei der l. t. pr. war auch in diesem Falle die Redlichkeit des Besitzers bloß im Anfange nöthig[19].

Diese Vortheile veranlaßten, daß selbst bei beweglichen Sachen und bei italischen Grundstücken die l. t. pr. angewendet wurde[20]. Daß sich die Peregrinen ihrer bedienten, versteht sich von selbst.

---

[5] Gai. 2, 54. — [6] l. 1. i. f. D. h. t. 41, 3. — [7] Gai. 2, 52—61. — [8] Gai. 2, 49. — [9] Gai. 2, 46. — [10] Gai. 2, 65. — [11] Vgl. l. 13. § 1. D. de jurej. 12, 2. — [12] l. 8. pr. C. de pr. 30. vel. 40. ann. 7, 39. — [13] l. 44. § 5. D. h. t. 41, 3; l. 1. § 2. D. de pign. 20, 1. — [14] l. 5. § 1. l. 12. D. de div. l. pr. 44, 3; l. 7. l. 14. C. de o. et a. 4, 10; t. C. si adv. cr. 7, 36. — [15] l. 30. pr. D. ex qu. c. 4, 6; l. 15. pr. l. 43. D. h. t. 41, 3. — [16] l. 2. § 20. D. pro emt. 41, 4; § 13. I. h. t. 2, 6. — [17] § 12. I. h. t. 2, 6. — [18] l. 11. § 3. D. de publ. 6, 2; l. un. i. f. C. de us. transf. 7, 31. — [19] l. un. i. f. C. de us. transf. 7, 31. — [20] l. 3. l. 9. D. de div. t. pr. 44, 3.

3. Justinian[21] verordnete 531, daß fortan die Ersitzungsfrist bei Mobilien drei Jahr, bei Immobilien zehn Jahr inter praesentes, zwanzig Jahr inter absentes dauern solle (um dieser Fristen halber nennt er die Ersitzung der Immobilien gewöhnlich longo tempore capio, longa possessione capio, diutina possessione capio, die der Mobilien hingegen usucapio); ferner daß die accessio temporis jedem Successor zustehen solle; endlich daß die Redlichkeit des Ersitzenden stets bloß im Anfang der Ersitzung vorhanden zu sein brauche. Man streitet nun, ob trotz dieser Verordnung die beiden älteren Institute (usucapio und l. t. pr.) noch gesondert fortbestehen, oder ob Justinian sie in ein einziges verschmolzen, und ob auf das aus der Verschmelzung hervorgegangene Institut die Grundsätze der Usucapion oder die der l. t. pr. anzuwenden seien. Unbedenklich ist eine Verschmelzung anzunehmen; sie mußte der Ausgangspunkt der Reform sein, weil die l. t. pr. nur den Eigenthümlichkeiten des Civilrechts seinen Ursprung verdankte. Für das aus der Verschmelzung hervorgegangene Institut müssen aber, sofern sich nicht specielle gesetzliche Bestimmungen finden, die Grundsätze der Usucapion angewendet werden; dafür sprechen die Ausdrücke der Justinianischen Verordnung selbst sowie des Berichts[22], welcher in den Justinianischen Institutionen davon gegeben wird. — Neuere Juristen nennen das neue Institut: ordentliche Ersitzung, usucapio ordinaria, praescriptio ordinaria.

4. Justinian[23] führte 528 eine neue Art der Ersitzung ein; es soll nämlich Derjenige, welcher nach der bisherigen Gesetzgebung der Vindication des Eigenthümers die Einrede der 30- resp. 40jährigen Verjährung entgegenstellen konnte (§ 86 Note 5), eine actio in rem haben, vorausgesetzt, daß er den Besitz der Sache redlich erworben hatte; mit anderen Worten: an Stelle der bisherigen Verjährung der rei vindicatio ist, vorausgesetzt die Redlichkeit des Besitzers, eine Eigenthumsersitzung getreten. Justinian nennt dieses Institut praescriptio s. exceptio XXX vel XL annorum; Neuere nennen es auch außerordentliche Ersitzung, usucapio extraordinaria, praescriptio extraordinaria.

β. Die ordentliche Ersitzung.

aa. Erfordernisse.

Vorbemerkung.

Die Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung sind aus der geschichtlichen Einleitung (§ 140) zu entnehmen; es muß der Ersitzende eine der Ersitzung fähige Sache während einer bestimmten Frist auf Grund eines Titels redlich besitzen. Man hat diese Erfordernisse im Mittelalter in einen Hexameter zusammengefaßt: res habilis, titulus, fides, possessio, tempus. Sie werden jetzt in der Reihenfolge dargestellt werden, welche ihrer Bedeutung in der vorliegenden Materie entspricht.

---

[21] l. un. C. de usuc. transformanda 7, 31. — [22] pr. I. de us. 2, 6. — [23] l. 8. § 1. C. de praescr. 30. vel 40. annorum 7, 39.

αα. § 141. Der Besitz.

Vangerow, § 318.

Nur Derjenige kann ersitzen, welcher während der Ersitzungsfrist den juristischen Besitz der zu ersitzenden Sache hat[1]. Was den sog. abgeleiteten Besitz (§ 112) betrifft, so hindert der des Sequesters die Ersitzung Seitens einer der sequestrirenden Parteien[2]; in den übrigen Fällen gilt jedoch der abgeleitete Besitzer nur soweit als Besitzer, als es sich um den Schutz gegen Eigenmacht handelt, hingegen hinsichtlich der Ersitzung gilt Derjenige als Besitzer, von welchem der Besitz abgeleitet wird[3]. Zwar wird in zwei Quellenzeugnissen[4] bestimmt, daß der Verpfänder und der Herr des Precaristen sich die Zeit, während welcher der Faustpfandgläubiger resp. der Precarist besaß, anrechnen lassen können, und demgemäß behaupten Einige, daß der Verpfänder und der Herr des Precarium ersitzen, nicht weil sie besitzen, sondern weil ihnen der Besitz eines Anderen zu Statten kommt; allein jene Stellen sind nur aus Versehen in die Justinianische Compilation aufgenommen; sie beziehen sich nicht auf die Ersitzung, sondern auf das int. utrubi in seiner vorjustinianischen Gestalt (§ 120 Note 9).

ββ. § 142. Die Ersitzungsfrist.

Vangerow, § 322.

Die Ersitzungsfrist beträgt bei Mobilien drei Jahr, bei Immobilien zehn Jahr inter praesentes d. h. wenn der Ersitzende und der Eigenthümer in derselben Provinz (heut in demselben Obergerichtsbezirk) wohnen, zwanzig Jahr inter absentes, wenn das Gegentheil der Fall ist[1]. Bei theilweiser An- und Abwesenheit werden zwei Jahr Abwesenheit als ein Jahr Anwesenheit gerechnet und umgekehrt[2]. Die Frist ist tempus continuum[3]. Sie beginnt mit dem Tage des Besitzerwerbes, wenn aber der Besitz durch einen freiwillig gewählten Stellvertreter erworben wird, erst mit dem Tage, an welchem der Vertretene von der Besitzergreifung des Stellvertreters Kenntniß erhält[4]: possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit. Sie wird nach der herrschenden Meinung mit dem Beginn des letzten Tages vollendet, richtiger: mit dessen Ablauf[5] (§ 74 Note 8. 9). — Der Ersitzende braucht nicht immer während der ganzen Frist die Sache zu besitzen; es kommt ihm nämlich die Zeit seines Besitzvorgängers zu Statten (accessio temporis s. possessionis), falls er auf Grund eines derivativen[6] Titels (— als solcher gilt niemals der Putativtitel[7], § 143 N. 3 —) den Besitz der Sache vom Besitzvorgänger erhalten hat; nur in Einem Falle wird das Erforderniß des derivativen Titels erlassen: wenn ein Verkauf rückgängig wird, so kommt dem früheren Verkäufer die Zeit, während welcher der

[1] l. 25. l. 13. pr. D. h. t. 41, 3. — [2] l. 39. D. de a. q. 41, 2. — [3] l. 16. D. h. t. 41, 3; l. 1. § 15. l. 36. D. de p. a. 41, 2; l. 15. § 4. D. de prec. 43, 26. — [4] l. 14. § 3. D. de div. temp. pr. 44, 3; l. 13. § 7. D. de p. a. 41, 2.

[1] l. un. C. de us. transf. 7, 31; l. 12. C. de pr. l. t. 7, 33. — [2] Nov. 119. c. 8. — [3] l. 31. § 1. D. h. t. 41, 3. — [4] l. 47. D. h. t. 41, 3; l. 49. § 2. D. de a. p. 41, 2. — [5] l. 6. l. 7. D. h. t. 41, 3. — [6] l. 14. § 1. D. de div. t. pr. 44, 3. — [7] l. 2. § 16. D. pro emt. 41, 4.

frühere Käufer besessen hat, zu Statten[8]. Im Uebrigen sind die Regeln der acc. temporis bei einem Singularsuccessor verschieden von denen bei dem Erben:

a. Bei einem Singularsuccessor wird erfordert, daß der Besitz vom Auctor auf ihn unmittelbar übergegangen, daß also nicht etwa zwischen dem Besitz des ersteren und letzteren die Sache eine Zeit lang ohne Besitzer oder in dem Besitz eines Dritten gewesen sei[9]. Ferner wird erfordert, daß Auctor und Successor den Ersitzungsbesitz gehabt haben, d. h. daß sie beide mit einem Titel versehen und redlich waren[10].

b. Dem Erben kommt die Besitzzeit seines Erblassers zu Statten, trotzdem er nicht sofort nach seinem Tode den Besitz der Sache ergriffen hat[11], vorausgesetzt jedoch, daß nicht ein Dritter in der Zwischenzeit den Besitz der Sache ergriffen hat[12]; ja, es kommt ihm sogar die Zeit der ruhenden Erbschaft sowie die nachher bis zur Besitzergreifung verlaufene Frist zu Statten, und es kann demgemäß die Ersitzung vom Erben vollendet werden, bevor er den Besitz der Sache ergriffen hat[13]. — Ferner tritt nach Römischem Recht der Erbe ganz an die Stelle des Erblassers; man sieht deshalb nur auf die Gesinnung des Erblassers, nicht auf die des Erben, und daraus folgt zweierlei: 1) es nützt dem Erben die eigene Redlichkeit nichts, er kann an einer Sache, welche der Erblasser unredlich besaß, keine Ersitzung anfangen, trotzdem er selbst redlich ist: succedit in vitium defuncti[14]; 2) es schadet dem Erben die eigne Unredlichkeit nichts; er kann an einer Sache, deren Ersitzung der Erblasser begonnen hatte, die Ersitzung fortsetzen, trotzdem er selbst unredlich ist[15]; diese Bestimmung ist durch das Canonische Recht, welches die fortdauernde Redlichkeit des Ersitzenden verlangt (§ 89), beseitigt worden.

γγ. § 143. Der Titel.

Stintzing, das Wesen von bona fides und titulus in der Römischen Usucapionslehre. 1853. — Mayer, die iusta causa bei Tradition und Usucapion. 1871. — Vangerow, §§ 319. 320.

Nur Derjenige kann ersitzen, welcher den Besitz der Sache auf Grund eines Rechtsgeschäfts erworben hat, welches an sich zur Verschaffung des Eigenthums geschickt ist, aber wegen außerhalb liegender Mängel das Eigenthum dem Besitzer nicht verschafft hat. Dieses Rechtsgeschäft ist die causa possessionis[1], der titulus usucapionis[2], bei den Neueren schlechtweg „Titel“ genannt. Ist das Rechtsgeschäft überhaupt

---

[8] l. 19. D. h. t. 41, 3; l. 6. § 1. D. de div. t. pr. 44, 3; l. 13. § 2. D. de a. p. 41, 2. — [9] l. 15. § 1. D. de div. t. pr. 44, 3. — [10] l. 2. § 17. D. pro emt. 41, 4; l. 13. §§ 1. 13. D. de a. p. 41, 2. — [11] l. 31. § 5. D. h. t. 41, 3 — [12] l. 20. D. h. t. 41, 3; l. 6. § 2. D. pro emt. 41, 4. — [13] l. 30. pr. D. ex qu. c. maj. 4, 6; l. 40. l. 44. § 3. D. h. t. 41, 3; l. 6. § 2. D. pro emt. 41, 4. — [14] l. 15. pr. D. h. t. 41, 3; l. 11. D. de div. t. pr. 44, 3; l. 4. C. comm. de us. 7, 30.; l. 11. C. de a. p. 7, 32. — [15] l. 43. pr. D. h. t. 41, 3; l. 2. § 19. D. pro emt. 41, 4; § 12. I. h. t. 2, 6.

[1] l. 29. D. h. t. 41, 3. — [2] l. 1. pr. D. pro dote 41, 9; l. 46. D. h. t. 41, 3; l. 2. D. de distr. pign. 20, 5; l. 13. § 1. D. de h. p. 5, 3; l. 30. D. si quis om. c. t. 29, 4.

nicht vorhanden oder ungiltig, so ist die Ersitzung unzulässig, wenngleich der Besitzer an das Vorhandensein resp. an die Giltigkeit des Rechtsgeschäfts glaubt (sog. Putativtitel)[3]; dann jedoch findet nach dem Rechte der späteren classischen Zeit eine Ausnahme statt, wenn der Glaube des Besitzers auf guten Gründen beruht, z. B. es beauftragt Jemand einen Anderen zum Ankauf einer Sache, und dieser bringt sie ihm mit der (erdichteten) Versicherung, daß er sie gekauft habe[4]; oder es kauft Jemand von einem anscheinend vernünftigen, in Wahrheit geisteskranken Menschen[5]. — Die Titel zur Ersitzung können so mannigfach sein, als die Rechtsgeschäfte, welche an sich zur Verschaffung des Eigenthums geeignet sind; eine sie alle umfassende Bezeichnung ist der Titel pro suo[6]; einzelne Titel heißen in den Quellen: pro soluto, pro emtore, pro herede, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote, pro transactione[7]. Von einzelnen Titeln ist zu bemerken:

a. Ob der Titel pro emtore die Zahlung resp. Creditirung des Kaufpreises voraussetzt, ist bestritten; in den Quellen ist die Frage nicht erörtert; nach richtiger Meinung ist sie zu bejahen, da ohne Zahlung resp. Creditirung dem Käufer die Redlichkeit fehlt.

b. Die Ersitzung pro herede stand ursprünglich Jedem zu, welcher früher als der zur Erbschaft Berufene Erbschaftssachen in Besitz nahm, wenngleich er wußte, daß er nicht zur Erbschaft berufen sei[8]; nur derjenige konnte sich ihrer nicht bedienen, welcher schon bei Lebzeiten des Erblassers eine diesem gehörige Sache in Besitz genommen hatte, denn es galt die Regel: nemo sibi causam possessionis mutare potest[9]. Diese Ersitzung pro herede ist im Justinianischen Recht weggefallen, weil es dem Besitzer an der Redlichkeit fehlt, doch sind manche darauf bezügliche Stellen in die Justinianische Compilation aus Unachtsamkeit aufgenommen. Dagegen ersitzt nach Justinianischem Recht pro herede:

aa. Derjenige welcher Erbschaftssachen in Besitz nimmt, weil er aus entschuldbarem Irrthum sich für den Erben hält[11]; sein Titel ist ein putativer. Streitig ist, ob er trotz vollendeter Ersitzung die Erbschaftssachen dem wahren Erben herausgeben müsse; nach richtiger Interpretation der Quellen ist dies zu bejahen[12].

bb. Der wahre Erbe, welcher aus entschuldbarem Irrthum eine Sache als erbschaftlich in Besitz nimmt, während sie nicht zur Erbschaft gehört[13]. Sein Titel ist ein wahrer.

---

[3] § 11. I. h. t. 2, 6; l. 27. D. h. t. 41, 3; l. 2. pr. § 2. D. pro emt. 41, 4; l. 1. pr. D. pro don. 41, 6; l. 6. D. pro der. 41, 7; l. 2. l. 3. D. pro leg. 41, 8; l. 24. C. de r. v. 3, 32; l. 4. C. de us. pro her. 7, 29; l. 5. C. de pr. l. t. 7, 33. — [4] l. 11. D. pro emt. 41, 4; l. 5. § 1. D. pro suo 41, 10. — [5] l. 2. §§ 15. 16. D. pro emt. 41, 4; s. überdies l. 9. pr. D. pro leg. 41, 8; l. 4. § 2. D. pro suo 41, 10; l. 44. § 4. i. f. D. h. t. 41, 3. — [6] l. 1. pr. D. pro suo 41, 10. — [7] l. 3. § 21. D. de a. p. 41, 2; l. 46. l. 48. D. h. t. 41, 3 und tt. D. 41, 4—10; tt. C. 7, 26—29. — [8] Gai. 2, 52—58. — [9] l. 3. §§ 19. 20. l. 19. § 1. D. de p. a. 41, 2; l. 1. § 2. D. pro don. 41, 6; l. 6. § 3. D. de prec. 43, 26; l. 5. C. de p. a. 7, 32; l. 23. C. de loc. 4, 65. — [10] l. 2. § 1. D. pro her. 41, 5; l. 33. § 1. D. h. t. 41, 3. — [11] l. 33. § 1. D. h. t. 41, 3. — [12] l. 20. § 6. l. 28. D. de h. p. 5, 3; l. 1. D. qu. bon. 43, 2; l. 7. C. de h. p. 3, 31; l. 4. C. in qu. c. 7, 34. — [13] l. 3. D. pro her. 41, 5; l. 44. § 4. i. f. D. h. t. 41, 3.

c. Die Ersitzung pro donato ist unter Ehegatten dann unzulässig, wenn die geschenkte Sache dem Schenker wirklich gehörte oder wenn er den Ersitzungsbesitz daran hatte, zulässig in anderen Fällen, weil alsdann das Vermögen des Schenkers nicht vermindert wird[14] (vgl. § 144 Note 9).

d. Ob das unrichtige richterliche Urtheil ein Ersitzungstitel sei, ist bestritten; in den Quellen ist die Frage nicht erörtert; nach richtiger Meinung ist sie zu bejahen, weil das richterliche Urtheil in dem Sieger jedenfalls die begründete Meinung von dem Vorhandensein eines Titels d. h. einen Putativtitel erzeugen wird; überdies haben die Surrogate des Urtheils (Vergleich und Eid) die Eigenschaft von giltigen Titeln[15].

δδ. § 144. Die Redlichkeit.

Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. 1820. — Stintzing, in dem zu § 143 citirten Buch. — Scheurl, Beiträge Nr. 15. 1854. — Wächter, die bona fides, insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums. 1871. — Bruns, das Wesen der bona fides. 1872. — Vangerow, § 321.

Unwürdig der Ersitzung ist Derjenige, welcher, wenngleich auf Grund eines Titels, so doch nicht in Redlichkeit, in gutem Glauben (bona fides) den Besitz der Sache ergriffen hat[1]. Der Käufer soll nicht bloß bei der Besitzergreifung sondern auch beim Kaufabschluß bona fide sein[2]. Nach Canonischem und heutigem Rechte kann nur Derjenige ersitzen, welcher während der ganzen Ersitzungsfrist redlich ist[3] (§ 89). Dem Unredlichen (mala fide possessor) gleich wird auch Derjenige behandelt, welcher durch unentschuldbaren Irrthum (also durch Rechtsirrthum und leichtsinnigen factischen Irrthum) die Umstände, welche den Erwerb der Sache verhindern, unbeachtet läßt[4]; soweit aber der Rechtsirrthum verziehen wird (§ 10 unter 2), wird er es auch hier, was Einige ohne Grund bestreiten[5]. — Wird der Besitz durch einen Vertreter erworben (§ 117), so wird die Redlichkeit des Vertretenen verlangt, falls jener bloß in der Apprehensionshandlung vertritt[6]; vertritt er aber auch hinsichtlich des animus possidendi, so kommt es auf die Redlichkeit des Vertreters an, nur schadet alsdann auch die Unredlichkeit des Vertretenen[7]. — Die Redlichkeit[8] faßten die meisten Schriftsteller bis in die neueste Zeit hinein als den Glauben des Ersitzenden, daß er der Eigenthümer sei; nach der jetzt allgemeinen Ansicht ist bloß soviel richtig, daß der Ersitzende häufig dieser Meinung ist, nicht jedoch, daß diese Meinung erforderlich sei, denn z. B. der Käufer muß schon im Augenblicke des Kaufabschlusses bona fide sein (oben Note 2), während er doch erst durch die Uebergabe das Eigenthum erlangen kann; ferner kann der Ehegatte, welchem der andere eine fremde

---

[14] l. 25. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 3. D. pro don. 41, 6. — [15] l. 13. § 1. D. de jurej. 12, 2; l. 33. § 3. l. 29. D. h. t. 41, 3; l. 8. C. de us. pro emt. 7, 26.

[1] l. 2. § 1. D. pro emt. 41, 4; l. 48. § 1. D. de a. r. d. 41, 1; l. un. § 3. C. de us. transf. 7, 31. — [2] l. 2. pr. § 13. D. pro emt. 41, 4; l. 48. D. h. t. 41, 3. — [3] C. 20. X. de praescr. 2, 20. — [4] l. 4. de j. et f. i. D. 22, 6; l. 31. pr. D. h. t. 41, 3; l. 2. § 15. D. pro emt. 41, 4; l. 44. § 4. i. f. D. h. t. 41, 3. — [5] l. 11. C. de j. et f. i. 1, 18. — [6] l. 47. D. h. t. 41, 3; l. 49. § 2. D. de p. a. 41, 2; l. 1. C. eod. 7, 32; l. 2. § 12. D. pro emt. 41, 4. — [7] l. 2. §§ 10—13. D. pro emt. 41, 4; l. 43. § 1. D. h. t. 41, 3. — [8] Vgl. hierzu l. 109. D. de v. s. 50, 16; l. 5. pr. D. pro der. 41, 7; l. 28. D. de nox. a. 9, 4; Gai. 2, 43; pr. I. h. t. 2, 6.

Sache ungiltiger Weise geschenkt hat, sie dann ersitzen, wenn der schenkende Gatte nicht einmal den Ersitzungsbesitz daran hatte[9]; endlich beginnt Derjenige, welcher ein bedingtes Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, im Augenblicke der erfüllten Bedingung die Ersitzung, wenngleich ihm die Erfüllung der Bedingung noch unbekannt ist[10]. Allen diesen Personen fehlt die Meinung, Eigenthümer zu sein. Ja, der Besitzer kann die Meinung, Eigenthümer geworden zu sein, haben und trotzdem der Redlichkeit entbehren, so daß er nicht ersitzt, z. B. wenn Jemand wissentlich ein ihm nicht geschuldetes Object entgegennimmt, welches dem Leistenden nicht gehört[11]. — Darüber streitet man, in welcher Weise nunmehr die Redlichkeit erklärt werden solle. Einige wollen sie rein negativ fassen, nämlich als die Abwesenheit des Bewußtseins des Unrechts, gleichviel wie dieselbe entstanden ist; diese Meinung ist deshalb unrichtig, weil bei unentschuldbarem Irrthum der Besitzer nicht ersitzt[12]. Andere wollen die Redlichkeit positiv fassen, nämlich als die Ueberzeugung, daß man in der Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe; diese Meinung wird dadurch widerlegt, daß Derjenige, welchem sein Ehegatte eine Sache schenkt, an welcher er nicht einmal den Ersitzungsbesitz hatte, die Sache ersitzen darf (s. oben Note 9). Man muß demnach die Redlichkeit erklären als die aus entschuldbarem Irrthum hervorgegangene Unkenntniß der Umstände, welche den Erwerb des Eigenthums verhindern; nicht eine positive Ueberzeugung, sondern nur die Unkenntniß (freilich aber eine auf gute Gründe gestützte Unkenntniß) ist erforderlich, um dem Besitzer ein gewissenhaftes Verhalten, eine Gesinnung, wie Treu und Glauben sie verlangen, kurz die bona fides zu bezeugen. Hieraus folgt, daß derjenige Besitzer redlich ist, welcher das wahre Hinderniß des Erwerbes nicht kennt, hingegen ein nicht vorhandenes Hinderniß als vorhanden annimmt; dies ergibt sich aus dem ebenangeführten Beispiel des beschenkten Ehegatten und ferner daraus, daß derjenige, welcher eine Sache unter einem bedingten Titel erworben hat, die Ersitzung derselben mit dem Augenblicke der erfüllten Bedingung anfängt, wenngleich er die Bedingung für noch nicht erfüllt hält[13]. Zwar steht entgegen, daß nach einem Quellenzeugniß[14] eine an sich ersitzbare Sache deshalb nicht ersessen werden kann, weil der Besitzer sie für unersitzbar (§ 145) hält; allein wahrscheinlich ist dies die Sondermeinung eines einzelnen römischen Juristen (Pomponius), welche nur durch ein Versehen in die Justinianische Compilation aufgenommen ist.

εε. § 145. Unersitzbare Objecte.

Vangerow, § 317.

Gewisse Sachen sind der ordentlichen Ersitzung entzogen (res inhabiles) und zwar entweder weil ihr Eigenthümer besonders privilegirt sein soll, oder weil sie mit einer besonderen Eigenschaft behaftet sind.

---

[9] l. 25. D. de d. i. v. e. u. 24, 1; l. 3. D. pro don. 41, 6. — [10] l. 2. § 2. D. pro emt. 41, 4. — [11] l. 48. D. h. t. 41, 3; l. 3. D. pro suo 41, 10. — [12] S. oben die Note 4. — [13] l. 2. § 2. D. pro emt. 41, 4; l. 44. § 4. D. h. t. 41, 3. — [14] l. 32. § 1. D. h. t. 41, 3.

I. **Um ihres Eigenthümers halber** sind der **ordentlichen Ersitzung entzogen:** 1) Sachen des Fiscus[1]; 2) Sachen des Regenten[2]; 3) unbewegliche Sachen der Kirchen und milden Stiftungen[3]. — Streitig ist, ob die Sachen der Städte[4] und die der Minderjährigen[5] der ordentlichen Ersitzung entzogen sind; nach richtiger Meinung ist es zu verneinen; übrigens hat die Streitfrage bei den Sachen der Minderjährigen wenig praktisches Interesse, weil dieselben meistens aus anderen Gründen der Ersitzung entzogen sind[6].

II. **Wegen ihrer besonderen Eigenschaft** sind der **Ersitzung entzogen:**

1. gestohlene Sachen nach den zwölf Tafeln[7] und der lex Atinia[8]; nach der Carolina sind sie (was aber Viele bestreiten) auch der außerordentlichen Ersitzung entzogen[9]; auch ihre Erzeugnisse sind der Ersitzung entzogen, wenn der Percipient unredlich ist[10], Sklavenkinder und Thierjungen schon dann, wenn sie bei einem unredlichen Besitzer concipirt worden sind[11]. — Die Furtivität und die Ersitzungsunfähigkeit hört auf, wenn die Sache in die Gewalt des Eigenthümers zurückkehrt[12], daher wird die Sache überhaupt nicht ersitzungsunfähig, wenn der Eigenthümer selbst den Diebstahl begeht[13], — ein Fall, der heute undenkbar ist, weil nach heutigem Strafrecht der Diebstahl nur an einer fremden Sache begangen werden kann (§ 311 N. 9. 14).

2. Sachen, welche Jemand mit Gewalt in Besitz genommen hat (nach den leges Iulia und Plautia)[14]; offenbar bezieht sich dies Verbot bloß auf Immobilien, da Mobilien unter das Verbot ad 1 fallen. Die Ersitzungsunfähigkeit wird wie ad 1 gehoben[15].

3. Sachen, womit ein Beamter bestochen worden ist (nach der l. Iulia repetundarum)[16]; die Ersitzungsunfähigkeit wird die bei 1 gehoben[17].

4. Unbewegliche Sachen, welche ein unredlicher Besitzer veräußert, (nach einer Verordnung von Justinian) solange, als der Eigenthümer von der Veräußerung keine Kunde erhalten hat[18].

5. Grenzraine von ländlichen Grundstücken[19]. Ueber das Historische vgl. § 305.

---

[1] § 9. I. h. t. 2, 6; l. 18. l. 24. D. h. t. 41, 3. — [2] t. C. ne rei dom. 7, 38; l. 6. C. de fund. patr. 11, 61. — [3] Nov. 111. c. 1; Nov. 136. c. 6; c. 8. X. de praescr. 2, 56. — [4] l. 15. § 27. D. de damn. inf. 34, 2; Pauli sent. rec. V, 2. § 4; l. 9. D. h. t. 41, 3. — [5] l. 2. D. de eo qui pro tut. 27, 5; l. 4. § 24. D. de dol. m. exc. 44, 4; l. 4. § 11. D. h. t. 41, 3; l. 2. § 15. l. 7. § 3. D. pro emt. 41, 4; l. 33. D. de furt. 47, 2; l. un. C. si adv. us. 2, 36; l. 3. C. quibus non obj. l. t. pr. 7, 35; l. 5. C. in qu. c. 2, 41. — [6] vgl. die Stellen in der N. 21. 24. — [7] §§ 2. 3. I. h. t. 2, 6; Gai. 2, 45. 49. — [8] l. 4. § 6. l. 33. pr. D. h. t. 41, 3; l. 215. D. de v. s. 50, 16. — [9] Carolina Art. 209. — [10] l. 4. § 14. D. h. t. 41, 3. — [11] l. 48. § 5. D. de furt. 47, 2; l. 26. D. de st. hom. 1, 5; l. 12. C. de furt. 47, 2. — [12] § 8. I. h. t. 2, 6; l. 4. §§ 6. 12. 21. l. 49. D. h. t. 41, 3; l. 7. §§ 3. 7. D. pro emt. 41, 4; l. 84. D. de furt. 47, 2; l. 215. D. de v. s. 50, 16. — [13] l. 20. § 1. D. de furt. 47, 2; l. 49. D. h. t. 41, 3. — [14] Gai. 2, 45; § 2. I. de usuc. 2, 6; l. 33. § 2. D. h. t. 41, 3. — [15] § 8. I. h. t. 2, 6; l. 33. § 2. D. h. t. 41, 3; l. 86. D. de furt. 47, 2. — [16] l. 8. D. de l. Julia rep. 48, 11; l. 48. pr. D. de a. r. d. 44, 1. — [17] l. 8. § 1. D. de l. Jul. rep. 48, 11. — [18] Nov. 119. c. 7. — [19] l. 6. C. fin. reg. 3, 39.

6. Dotalsachen, solange die Ehefrau die Rückforderungsklage nicht anstellen kann, und zwar jeder (auch der außerordentlichen) Ersitzung (nach einer Verordnung Justinians)[20].

7. Sachen, die zu den bona adventicia regularia eines Hauskindes gehören, solange die väterliche Gewalt dauert, und zwar jeder (auch der außerordentlichen) Ersitzung (nach Verordnungen Constantins und Justinians[21]).

8. Sachen, deren Proprietät der parens binubus an die Kinder der ersten Ehe verliert (lucra nuptialia, § 350) selbst nach Aufhebung der väterlichen Gewalt (nach einer Verordnung Justinians)[22].

9. Sachen, welche Jemand als Vermächtniß (unbedingt oder bedingt) hinterlassen hat (nach einer Verordnung Justinians)[23].

10. Sachen, welche einem gesetzlichen Veräußerungsverbot unterliegen (§ 127)[24]; die soeben unter 7—9 angeführten Fälle sind specielle Anwendungen dieser Regel.

bb. § 146. Unterbrechung und Ruhen der Ersitzung.

Grüber, über d. Einfluß der Eigenthumsklage auf die Ersitzung nach R. R. 1875. — Vangerow, § 325.

Die Ersitzung ist unterbrochen (usurpatio)[1] bedeutet: es ist ein Ereigniß eingetreten, welches bewirkt, daß der bisherige Besitz der Sache durchaus vergeblich gewesen ist. Die Ersitzung ruht (bei den Neueren usucapio dormiens, quiescens) bedeutet: es ist ein Ereigniß eingetreten, welches bewirkt, daß der nachherige Besitz der Sache nicht gerechnet wird, bis ein entgegengesetztes Ereigniß den Fortlauf der Ersitzung wieder gestattet.

I. Unstreitig wird die Ersitzung durch Unterbrechung des Besitzes (bei den Neueren naturalis usurpatio genannt)[2] und (nach Canonischem Rechte) durch eintretende Unredlichkeit unterbrochen. Streitig ist es, ob die Ersitzung auch durch die Litiscontestation (d. h. dadurch daß der Proceß auf Herausgabe der Sache zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer der Sache begonnen hat) unterbrochen werde. Nach vorjustinianischem Rechte wurde die usucapio durch die Litiscontestation nicht unterbrochen[3], wohl aber die longi temporis praescriptio[4], welche ja ursprünglich eine bloße Klagverjährung war. Durch Unachtsamkeit der Compilatoren sind diese Rechtssätze unverändert in die Justinianische Gesetzsammlung aufgenommen worden. Nach der Darstellung des § 140 Note 22 sind heut die Grundsätze der usucapio maßgebend, und demgemäß muß man behaupten, daß der Verklagte die Ersitzung während des Processes fortsetzt und möglicherweise vollendet. Nur muß hervorgehoben

[20] l. 30. C. de j. d. 5, 12. — [21] l. 1. C. de bon. mat. 6, 60; l. 4. C. de bon. q. lib. 6, 61; l. 1. § 2. C. de ann. exc. 7, 40; Nov. 22. c. 24. — [22] Nov. 22. c. 24. — [23] l. 3. § 3. C. de leg. 6, 43. — [24] l. 28. pr. D. v. s. 50, 16: l. 16. D. de fund. d. 23, 5; cf. l. 12. § 4. D. de publ. a. 6, 2.

[1] l. 2. D. h. t. 41, 3. — [2] l. 15. § 2. D. h. t. 41, 3; l. 7. § 4. D. pro emt. 41, 4. — [3] l. 18. l. 20. l. 21. D. de r. v. 6, 1; l. 21. § 1. D. pro emt. 41, 4. — [4] l. 2. C. ubi rem 3, 19; l. 26. C. de r. v. 3, 32; l. 1. 2. l. 10. C. de l. t. pr. 7, 33; l. 4. C. qu. non obj. 7, 35.

werden, daß eine so vollendete Ersitzung dem Verklagten in der Regel nichts nützt (usucapio frustra complebitur anticipata lite)[5], er wird trotzdem zur Herausgabe der Sache an den Kläger verurtheilt, weil anderenfalls der Proceß den Kläger zu Schaden bringen würde (§ 95 Note 33); einen Nutzen zieht der Verklagte nur dann aus der vollendeten Ersitzung, wenn der Proceß liegen bleibt, ohne daß es zum Urtheil kommt. — Der Litiscontestation gleich steht ein gerichtlicher Protest Seitens des Eigenthümers, falls der Besitzer der Sache aus Gründen, die in seiner Person liegen, vom Eigenthümer nicht belangt werden kann[6]. — Die Anhänger der Ansicht, welche in der Litiscontestation eine Unterbrechung der Ersitzung sehen, nennen sie civilis usurpatio.

II. Die Ersitzung ruht

1) wenn die Sache in das Eigenthum einer bezüglich der Ersitzung privilegirten Person kommt (§ 145. I);

2) nach Römischem Rechte dann, wenn der Eigenthümer der Sache aus rechtlichen Gründen an der Anstellung der Eigenthumsklage verhindert ist, z. B. während der dem Beneficialerben zur Inventarisirung eingeräumten Frist[7]; nach canonischem Rechte auch dann, wenn der Eigenthümer durch feindliche Occupation an der Anstellung der Klage factisch verhindert ist[8].

γ. § 147. Die außerordentliche Ersitzung.

Vangerow, § 315.

Die außerordentliche Ersitzung[1] wird dadurch vollendet, daß Jemand eine fremde Sache dreißig resp. (wenn sie der Kirche, einer milden Stiftung, dem Fiscus, dem Regenten oder seiner Gemahlin gehört) vierzig Jahre und zwar redlicher Weise juristisch besitzt. Die Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung sind also: 1. juristischer Besitz, 2. während der Frist von dreißig resp. vierzig Jahren, 3. mit Redlichkeit. Dahingegen ist ein Titel nicht erforderlich. Die der ordentlichen Ersitzung entzogenen Sachen sind der außerordentlichen in der Regel unterworfen; die Ausnahmen sind bereits § 145 unter II. 1. 6. 7. angegeben; dazu treten noch Sachen der Pupillen[2].

Die außerordentliche Ersitzung ist aus der Verjährung der rei vindicatio hervorgegangen (§ 140 N. 23); nach Röm. Recht unterscheidet sie sich von der letzteren sowohl in den Erfordernissen als in den Wirkungen; in den Erfordernissen: denn sie verlangt Redlichkeit des Besitzers; in den Wirkungen: denn sie hat nicht bloß eine Einrede zur Folge (wie die Verjährung der Klage, § 91) sondern sie erzeugt Eigenthum und (zum Schutz desselben) eine Klage. Das Canonische Recht hat aber auch für die Verjährung der rei vindicatio das Erforderniß der bona fides aufgestellt (§ 89), und daher fällt seitdem die Verjährung der Eigenthumsklage mit der außerordentlichen Ersitzung des Eigenthums zusammen.

---

[5] fr. Vat. § 12. — [6] l. 2. C. de ann. exc. 7, 40. — [7] l. 22. § 11. C. de jure del. 6, 30. — [8] c. 13. C. 16. qu. 3; c. 10. X. de praescr. 2, 26.

[1] l. 8. § 1. C. de pr. 30. vel. 40. ann. 7, 39. — [2] l. 3. § 1. l. 7. pr. § 1. l. 8. § 1. C. eod.

Fünfter Titel.

§ 148. Verlust des Eigenthums.

Vangerow, § 327.

Mit dem Untergange der Sache ist der Untergang des Eigenthums verbunden; dasselbe gilt nach Römischem Recht, wenn der Feind sie occupirt (§ 137); ferner wenn der Eigenthümer sie derelinquirt, was die Veräußerungsbefugniß desselben voraussetzt. Ferner verliert der bisherige Eigenthümer das Eigenthum der Sache, wenn ein Anderer es erwirbt oder zurückerwirbt z. B. wenn die Frist resp. die Resolutivbedingung, unter welcher das Eigenthum übertragen wurde, eingetreten ist oder wenn Jemand von Demjenigen, dessen Eigenthum selbst ein revocables war, erworben hatte (wegen der Regel: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum, § 128). Bei wilden Thieren geht das Eigenthum unter, sobald sie ihre natürliche Freiheit erlangen, bei zahmgemachten, sobald sie die Gewohnheit zurückzukehren verlieren.

Sechster Titel.

Schutz des Eigenthums.

§ 149. Uebersicht.

Der Eigenthümer wird nicht bloß (wie der Besitzer) gegen solche Verletzungen geschützt, welche eine Eigenmacht oder einen Vertrauensbruch involviren, sondern gegen jede Verletzung, gleichviel in welcher Weise diese geschehen ist. Je nach der Art der Verletzung, welche dem Eigenthümer widerfahren ist, wird die Klage verschieden genannt; sie heißt:

1. rei vindicatio, in rem actio, specialis in rem actio, wenn dem Eigenthümer die Sache vorenthalten wird; man drückt dies gewöhnlich so aus: die rei vindicatio steht dem Eigenthümer zu, wenn das Eigenthum total verletzt ist (§ 150 sqq.);

2. negatoria, negativa actio, wenn Jemand den Eigenthümer anders als durch Vorenthaltung der Sache beeinträchtigt; man drückt dies gewöhnlich so aus: die act. negatoria steht dem Eigenthümer zu, wenn das Eigenthum partiell verletzt ist (§ 154). Neben der act. negatoria kommt auch eine act. prohibitoria vor, vgl. § 154.

Diese Klagen stehen auch Demjenigen zu, welcher bloß revocables[1] Eigenthum hat; hingegen die Klage des fingirten Eigenthümers (des redlichen Besitzers, § 128 unter VI) unterliegt zum Theil besonderen Grundsätzen und heißt actio Publiciana[2] (§ 155).

---

[1] l. 41. pr. l. 66. D. de r. v. 6, 1; l. 29. D. de m. c. don. 39, 6. — [2] § 4. I. de act. 4, 6.

I. Rei vindicatio.

tt. D. VI, 1; C. III, 32: de rei vindicatione.

1) § 150. Voraussetzungen der Klage.

Vangerow, § 332.

1. Als Kläger bezeichnen die Quellen den nichtbesitzenden Eigenthümer[1]; doch wird in den Institutionen[2] hinzugefügt, daß in einem Ausnahmefalle auch der besitzende Eigenthümer klagen könne (sog. unus casus Institutionum); der Fall ist, da er dort nicht näher bezeichnet ist, bestritten; wahrscheinlich ist es der des juristischen Besitzers, der gegen den in seinem Namen detinirenden Inhaber klagen kann, falls dieser ihm die Herausgabe der Sache verweigert[3]; vgl. einen solchen Fall in § 160 Text zu Note 11.

2. Verklagter ist Derjenige, welcher dem Kläger die Sache vorenthält, mag er juristischer Besitzer oder Inhaber der Sache sein[4]; der letztere jedoch kann nach einer Verordnung von Constantin[5] bei Immobilien, nach der Reichscivilproceßordnung § 73 auch bei Mobilien, Denjenigen, in dessen Namen er die Sache hat, benennen (auctoris laudatio s. nominatio); der Benannte kann alsdann den Proceß an Stelle des Beklagten übernehmen, worauf der letztere von der Klage entbunden wird. In gewissen Fällen haftet auch Derjenige, welcher die Sache dem Kläger nicht vorenthält: a) der unredliche Besitzer, welcher sich vor dem Proceßbeginn doloser oder culposer Weise der Sache entäußerte (Einige beschränken dies auf denjenigen qui dolo desiit possidere[6], was gegen die Quellen ist)[7]; b) Derjenige, der, obwohl er weiß, daß er die Sache nicht hat, sich dennoch auf den Proceß einläßt, als ob er sie hätte (qui liti se obtulit)[8]. In beiden Fällen gilt nämlich der Grundsatz: dolus (resp. culpa) est pro possessione[9], und der Verklagte wird deshalb bei den Neueren fictus possessor genannt. Wenn übrigens der Eigenthümer zuerst gegen den fictus possessor geklagt hat, so kann er, trotzdem er von ihm den Werth des Streitobjects empfangen, noch immer den sog. verus possessor belangen, nicht aber umgekehrt[10].

2) § 151. Beweis.

Den Voraussetzungen gemäß ist der Beweis gestaltet. Der Kläger muß beweisen:

1. Daß er der Eigenthümer sei[1]. Dieser Beweis ist schwierig, wenn Kläger sich auf eine derivative Erwerbsart stützt, denn er kann ihn alsdann nur dadurch führen, daß er das Eigenthum seines Auctors nachweist[2] (man nannte diesen Beweis im Mittelalter probatio

---

[1] l. 23. pr. D. h. t. 6, 1; § 2. I. de act. 4, 6. — [2] § 2. i. f. I. de act. 4, 6. — [3] l. 7. pr. D. usufr. qu. cav. 7, 9. — [4] l. 9. D. h. t. 6, 1. — [5] l. 2. C. ubi in rem actio 3, 19. — [6] Wegen l. 27. § 3. l. 36. pr. D. h. t. 6, 1. — [7] l. 25. § 2. D. de her. p. 5, 3; s. auch l. 45. D. h. t. 6, 1. — [8] ll. 25—27. pr. D. h. t. 6, 1. — [9] l. 13. l. 157. § 1. D. de r. j. 50, 17. — [10] l. 7. D. h. t. 6, 1; l. 13. § 14. D. de h. p. 5, 3; l. 95. § 9. D. de sol. 46, 3.

[1] l. 9. l. 23. pr. l. 80. D. h. t. 6, 1. — [2] l 20. pr. D. de a. r. d. 41, 1.

diabolica). Deshalb nimmt der Eigenthümer häufig bloß die Rechte eines redlichen Besitzers in Anspruch und stellt die act. publiciana an (§ 155).

2. Daß der Verklagte die Sache juristisch besitze oder detinire, resp. daß er als fictus possessor zu behandeln sei[3].

Uebrigens ist in Einem Falle der Kläger des Eigenthumsbeweises überhoben. Wenn nämlich der Verklagte leugnet, daß er die Sache habe, der Kläger aber es beweist, so wird der letztere ohne weiteren Beweis in den Besitz der Sache gesetzt[4] (bei den Römern in einem besonderen Verfahren, welches bei Grundstücken int. quem fundum hieß)[5]; es bleibt jedoch dem bisherigen Verklagten unbenommen, nunmehr als Kläger seinerseits das Eigenthum der Sache in Anspruch zu nehmen.

3) § 152. Verpflichtungen des Verklagten.

Vangerow, § 333.

In der Regel muß der Verklagte die Sache nebst allem Gewinn aus derselben (res cum omni causa) dem Kläger herausgeben[1].

1. Die Sache. Gibt der Verklagte die Sache gar nicht oder nicht in unversehrtem Zustand heraus und hat dies seinen Grund

a. in Dolus oder Culpa des Verklagten, so ist zwischen dem redlichen und unredlichen Verklagten zu unterscheiden. Der erstere haftet dafür erst für die Zeit nach der Litiscontestatio[2] (früher haftet er nicht dafür: re sua abuti putat, quasi suam rem neglexit)[3], der letztere haftet dafür vor wie nach der Litiscontestatio[4];

b. in einem Zufall, so ist nach der gemeinen Meinung auch hier zwischen dem redlichen und unredlichen Beklagten zu unterscheiden; ersterer hafte nie für den Zufall, wohl aber letzterer für die Zeit nach der Litiscontestatio, außer wenn er nachweist, daß der Zufall die Sache auch bei dem Kläger betroffen haben würde. Man muß aber vielmehr behaupten, daß die Haftung für den Zufall unter den römischen Juristen streitig gewesen ist, und daß in den Quellen widersprechende Meinungen aufgenommen worden sind[5]; billigenswerth ist allein die Meinung Ulpians[6], wonach kein Verklagter (auch nicht der unredliche) den vor der Litiscontestatio, jeder Verklagte (auch der redliche) den nach der Litiscontestatio eintretenden Zufall dann trägt, wenn die Sache davon beim Kläger nicht betroffen worden wäre (§ 95 Note 21—23); nur der Dieb haftet stets für den Zufall, mag er vor oder nach der Litiscontestatio eintreten[7] (§ 240 Note 29).

c. Nach classischem Rechte konnte die Nichtherausgabe der Sache auch in dem bloßen Ungehorsam (contumacia) des Verklagten ihren Grund haben. Nach damaligen Proceßgrundsätzen wurde nämlich die Verurtheilung des Verklagten in Gelde festgesetzt[8]; man überzeugte sich aber, daß die Substitution des Geldes an Stelle der eingeklagten Sache den In-

[3] l. 36. pr. D. h. t. 6, 1. — [4] l. 80. D. h. t. 6, 1. — [5] fr. Vat. § 92.

[1] l. 13. l. 17. § 1. l. 20. D. h. t. 6, 1. — [2] l. 21. l. 33. l. 36. § 1. l. 45. l. 51. D. h. t. 6, 1. — [3] l. 25. § 11. l. 31. § 3. D. de h. p. 5, 3. — [4] ll. 13—15. l. 45. D. h. t. 6, 1. — [5] S. einerseits l. 40. D. de h. p. 5, 3; l. 62. D. h. t. 6, 1; andererseits l. 15. § 3. D. h. t. 6, 1. — [6] l. 15. § 3. D. h. t. 6, 1. — [7] l. 8. pr. l. 20. D. de cond. furt. 13, 1; l. 19. D. de vi 43, 16. — [8] Gai. 4, 48. 52.

teressen der Parteien nicht entspreche, und deshalb forderte der Richter in gewissen Fällen, zu denen die rei vindicatio gehört (§ 84 unter 4), wenn er sich von dem Rechte des Klägers überzeugt hatte, den Verklagten zur Herausgabe der Sache an den Kläger auf (arbitrium de restituendo); der Verklagte war aber zur Befolgung der Aufforderung nicht verpflichtet, und wurde daher, falls er ihr nicht nachkam, zur Zahlung einer Geldsumme verurtheilt. Seit Justinian[9] erfolgt die Verurtheilung des Verklagten auf die Sache selbst, und es hängt, wenn der Verklagte auch nach der Verurtheilung die Herausgabe der Sache verweigert, vom Belieben des Klägers ab, ob das Urtheil mit Zwangsmitteln durchgeführt oder in Geld umgesetzt werden soll. — Uebrigens scheint ein Fragment von Ulpian[10] zu besagen, daß schon zur classischen Zeit die Aufforderung des Richters mit Zwangsmitteln durchgeführt wurde, allein man ist fast allgemein darüber einig, daß jenes Fragment von den Compilatoren interpolirt worden ist.

Wer nach den obigen Grundsätzen haftet, muß den Werth der Sache (litis aestimatio) nebst sonstigem Interesse (§ 243) leisten; beides wird nach Römischem Recht im Falle des Dolus, der Culpa lata und der Contumacia des Verklagten durch den Schätzungseid des Klägers (iuramentum in litem), sonst durch Sachverständige festgestellt[11]; nach der Reichscivilproceßordnung § 260 kann das Gericht auch im Falle der Culpa levis und des Zufalls den Kläger zum Schätzungseid verstatten (vgl. § 45 a. E.). Leistet der Verklagte den Werth an den Kläger, so wird er als Käufer der Sache behandelt[12], außer wenn er in dolo ist[13].

2. Aller Gewinn aus der Sache. Ist der Verklagte hiezu außer Stande, so entscheiden dieselben Grundsätze wie hinsichtlich der Sache selbst. Es gehört hieher[14] z. B. die Vergrößerung eines Grundstücks durch Alluvion u. dgl., die Hälfte des Schatzes, welche dem Eigenthümer gebührt, der partus ancillae und die Früchte. Was namentlich die Früchte (natürliche und juristische) betrifft, so ist zwischen dem redlichen und unredlichen Verklagten zu unterscheiden; der redliche[15] muß aus der Zeit vor der Litiscontestatio bloß die fr. exstantes herausgeben, aus der späteren Zeit hingegen alle (fr. percepti und percipiendi); der unredliche[16] haftet vor wie nach der Litiscontestatio für alle Früchte. Unter den herauszugebenden Früchten wird immer der Nettoertrag verstanden; es sind also die wirthschaftlichen Kosten hiebei in Anrechnung zu bringen[17].

4) § 153. Einreden des Verklagten.

Vangerow, § 334.

Dem Klageantrag kann der Verklagte eine Einrede (exc. doli) entgegensetzen:

1. Wenn er gewisse Verwendungen auf die Sache gemacht hat, bis

[9] § 32. I. de act. 4, 6. — [10] l. 68. pr. D. h. t. 6, 1. — [11] l. 68. l. 71. D. h. t. 6, 1. — [12] l. 1. l. 3. D. pro emt. 41, 4; l. 46. l. 47. D. h. t. 6, 1. — [13] l. 63. l. 69. l. 70. D. h. t. 6, 1. — [14] l. 34. l. 53. D. h. t. 6, 1; l. 2. C. h. t. 3, 32. — [15] § 2. I. de off. jud. 4, 17; l. 22. C. h. t. 3, 32; l. 2. C. de fruct. 7, 51; l. 33. l. 62. D. h. t. 6, 1. — [16] l. 22. C. h. t. 3, 32; § 35. I. de r. d. 2, 1. — [17] l. 46. D. de us. 21, 1.

zu deren Ersatz ihm ein Retentionsrecht zusteht. Es müssen nämlich jedem Verklagten [1] (außer dem Diebe) [2] diejenigen Verwendungen ersetzt werden, welche zur Erhaltung der Sache nothwendig waren (impensae necessariae) [3]. — Der redliche Verklagte [4] kann auch diejenigen ersetzt verlangen, durch welche der Nutzen der Sache für den Kläger erhöht worden ist (imp. utiles) [5], jedoch können ihm hierauf die vor der Litiscontestation consumirten Früchte [6] (für welche er ja nicht Ersatz zu leisten braucht § 152 Note 15) angerechnet werden. Der unredliche Verklagte hat wegen der impensae utiles nur das ius tollendi [6a]. — Wegen der imp. voluptuariae (d. h. wegen derjenigen, welche bloß dem Vergnügen dienen) [7] hat jeder Verklagte bloß das ius tollendi [8]; doch darf die Sache durch die Wegnahme nicht schlechter werden, als sie es vor der Verwendung gewesen ist; auch darf die Wegnahme nicht bloß aus Chicane (§ 75) vollzogen werden, daher ist sie unzulässig, wenn sie dem Verklagten keinen Vortheil gewährt, oder wenn ihn der Kläger für die Vortheile, welche sie ihm gewährt, entschädigen will [9]. — Nicht zu den Verwendungen gehört der Preis, welchen der Verklagte bei dem Erwerb der Sache gezahlt hat [10]; er wird nur ausnahmsweise ersetzt, a) wenn der Verklagte als Geschäftsführer des Eigenthümers (§ 309) die Sache an sich brachte, b) wenn der Eigenthümer sich damit bereichert hat [12] (§ 378 N. 21).

2. Wenn er ein Recht hat, die Sache immer oder zeitweilig zu behalten. Dieses Recht kann sein

a. ein dingliches z. B. Pfand, Ususfructus u. dgl. Nach einer Verordnung Justinians [13] darf der Verklagte sich auf ein ihm vom Kläger bestelltes dingliches Recht dann nicht berufen, wenn er vorher das Eigenthum des Klägers bestritten und ihn dadurch zum Beweise genöthigt hat;

b. ein persönliches z. B. Miethe, Leihe u. dgl. Für einen besonders wichtigen Fall dieser Art brauchen die Quellen gewöhnlich einen eigenen Namen: exc. rei venditae et traditae [14]. Sie findet namentlich statt, wenn der Kläger zu einer Zeit, wo er noch nicht Eigenthümer war, die Sache verkauft und übergeben, später aber das Eigenthum erworben hat [15]; wenn der Kläger denjenigen beerbt hat, welcher die Sache, trotzdem er sie nicht im Eigenthume hatte, verkauft und übergeben hatte [16]; wenn der Kläger die Sache unter einer Suspensivbedingung verkauft und übergeben

---

[1] l. 65. pr. D. h. t. 6, 1; l. 5. C. h. t. 3, 32. — [2] l. 13. D. de cond. furt. 13, 1; l. 1. C. de inf. exp. 8, 52. — [3] ll. 1—4. l. 14. pr. D. de imp. 25, 1; l. 79. pr. D. de v. s. 50, 16. — [4] §§ 30. 32. 33. I. h. t. 2, 1; l. 7. § 12. l. 9. pr. § 1. D. de a. r. d. 41, 1; l. 38. D. h. t. 6, 1; l. 16. C. h. t. 3, 32. — [5] l. 5. § 3. l. 6. l. 14. § 1. D. de imp. 25, 1; l. 79. § 1. D. de v. s. 50, 16; l. 38. D. h. t. 6, 1. — [6] l. 48. D. h. t. 6, 1. — [6a] l. 5. C. h. t. 3, 32. — [7] l. 7. pr. l. 14. § 2. D. de imp. 25, 1; l. 79. § 2. D. de v. s. 50, 16. — [8] §§ 30. 32. 33. I. de r. d. 2, 1; l. 7. § 12. l. 9. pr. § 1. D. de a. r. d. 41, 1; l. 5. l. 11. l. 16. C. h. t. 3, 32; l. 27. § 5. l. 37. l. 38. D. h. t. 6, 1; l. 9. D. de imp. 25. 1. — [9] l. 37. l. 38. D. h. t. 6, 1; l. 9. D. de imp. 25, 1. — [10] l. 23. C. h. t. 3, 32; l. 2. C. de furt. 6, 2. — [11] l. 6. § 8. D. de neg. gest. 3, 5; l. 11. C. eod. 2, 19. — [12] l. 14. l. 16. C. de praed. et al. r. m. 5, 71. — [13] Nov. 18. c. 10. — [14] t. D. 21, 3: de exceptione rei venditae et traditae. — [15] l. 1. pr. l. 2. D. h. t. 21, 3; l. 47. D. de ev. 21, 2; l. 72. D. de r. v. 6, 1. — [16] l. 1. § 1. D. h. t. 21, 3; l. 73. D. de ev. 21, 2; l. 14. C. de r. v. 3, 32; l. 14. C. de ev. 8, 45.

hat, und die Bedingung noch schwebt [17]; wenn Kläger als Pfandgläubiger oder als Mandatar eines Anderen unwissend seine eigene Sache verkauft und übergeben hat [18]. Die exc. rei venditae et traditae geht activ und passiv auf Universal- und Singularsuccessoren über [19]. Sie hat keinen Erfolg, wenn die Veräußerung gegen ein Gesetz geschehen ist [20], z. B. der Ehemann hat ein Dotalgrundstück veräußert, eine Frau hat etwas veräußert, um zu intercediren [21] (§ 127 Note 9. 10).

II. § 154. Negatoria actio. Prohibitoria actio.

t. D. VII, 6: si usufructus petatur vel ad alium pertinere negetur. — t. D. VIII, 5: si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. — Vangerow, § 353.

1. Voraussetzungen. Kläger ist der Eigenthümer, in dessen Recht Jemand auf andere Weise als durch Vorenthaltung der Sache eingreift [1]. Nach der Meinung einiger Juristen wird stets vorausgesetzt, daß der Eingriff in der Anmaßung einer Servitut besteht; die herrschende Meinung aber sieht hierin (und zwar mit Recht) bloß den häufigsten Fall der Klage [2], denn sie ist nach den Quellen z. B. auch dann zulässig, wenn der eine Miteigenthümer nach eigenem Belieben baut, wenn durch Zufall die Mauer eines Hauses oder ein Baum in den Luftraum des Nachbargrundstückes mehr hineinragt als gesetzlich zulässig ist [3]. Der Eingriff kann darin bestehen, daß ein Dritter thätlich auf die Sache einwirkt oder den Eigenthümer an der Ausübung seines Rechts hindert; er kann aber auch durch Worte geschehen [4]. — Verklagter ist derjenige, welcher sich des Eingreifens in das Eigenthum schuldig macht.

2. Beweis. Unstreitig muß der Kläger zweierlei beweisen: a) daß er der Eigenthümer der Sache sei [5]; b) daß der Verklagte des Eingreifens in sein Eigenthum schuldig sei. Streitig aber ist, ob Kläger auch die Freiheit seines Eigenthums beweisen müsse (d. h. daß dem Verklagten die Befugniß zum Eingreifen nicht zustehe), oder ob umgekehrt der Verklagte den Beweis seiner Befugniß zum Eingreifen liefern müsse, oder endlich ob die Beweislast je nach dem Besitzstande bald dem Kläger bald dem Verklagten obliege. Die Quellenzeugnisse [6] sind nicht bestimmt noch klar; aus inneren Gründen ergibt sich die Richtigkeit der zweiten (herrschenden) Ansicht; denn die a. negatoria ist eine Eigenthumsklage [7], aus dem Beweise des Eigenthums folgt vorläufig (d. h. bis das Gegentheil bewiesen wird), daß der Kläger das Eingreifen jedes Dritten zurückweisen dürfe. Auch spricht dafür der Umstand, daß der Besitzer einer fremden

[17] l. 1. § 2. D. h. t. 21, 3; cf. l. 7. i. f. D. de jure dot. 23, 3. — [18] l. 10. D. de distr. p. 20, 6; l. 49. D. mand. 17, 1. — [19] l. 2. l. 3. D. h. t. 21, 3; l. 72. D. de r. v. 6, 1; l. 4. § 32. D. de d. m. e. 44, 4. — [20] l. 1. § 5. D. h. t. 21, 3. — [21] l. 32. § 2. D. ad sct. Vell. 16, 1.

[1] l. 5. pr. D. si us. pet. 7, 6; l. 2. pr. l. 4. § 7. D. si s. v. 8, 5. — [2] § 2. I. de act. 4, 6; l. 5. pr. D. si us. pet. 7, 6. — [3] l. 11. l. 14. § 1. D. si serv. vind. 8, 5; l. 13. l. 17. pr. eod. l. 2. D. de arb. caed. 43, 27; l. 6. § 2. D. de arb. furt. caes. 47, 7. — [4] cf. l. 5. § 6. D. si us. pet. 7, 6; l. 14. pr. D. si s. v. 8, 5. — [5] l. 5. pr. D. si us. pet. 7, 6. — [6] l. 15. D. de o. n. n. 39, 1; l. 5. § 10. eod. l. 8. § 3. D. si s. v. 8, 5; l. 45. D. de d. i. 39, 2. — [7] l. 5. pr. i. f. D. si us. pet. 7, 6.

Sache, welcher sich ein Pfandrecht daran zuschreibt, dasselbe beweisen muß, wenn er von dem Eigenthümer auf Herausgabe der Sache belangt wird [8].

3. Verpflichtungen des Verklagten. Dieselben hängen davon ab, ob der Verklagte sich ein Recht zu seinem Handeln zuschreibt oder nicht, ob der Eingriff ein thätlicher ist oder nicht. Ist beides der Fall, so geht die Klage auf Anerkennung der Freiheit des Eigenthums, auf Beseitigung des widerrechtlichen Zustandes [9], auf Ersatz des Schadens, welchen der Verklagte verschuldet [10] und auf cautio de non amplius turbando [11], an deren Stelle heut eine richterliche Strafandrohung tritt [12]. Hieraus ergeben sich zugleich die Verpflichtungen des Verklagten, wenn der Eingriff in das Eigenthum anders geartet gewesen ist.

Der Name der act. negatoria kommt daher, daß die Intentio der Formel regelmäßig negativ gefaßt war (si paret, Numerio Negidio ius non esse eundi agendi invito Aulo Agerio ...). Es gab aber auch eine Formel mit positiver Fassung der Intentio (si paret Aulo Agerio ius esse prohibendi Numerium Negidium ire agere) [13], welche von den Neueren act. prohibitoria genannt wird, und sich materiell von der a. negatoria nach richtiger Meinung nicht unterscheidet.

III. § 155. Die Klage des fingirten Eigenthümers. (Publiciana in rem actio).

Huschke, das Recht der Publicianischen Klage. 1874. — Schulin in dem bei § 131 citirten Buche. — t. D. VI, 2: de Publiciana in rem actione. — Vangerow, § 335.

Nach § 128 unter IV. stehen dem redlichen Besitzer gegenüber jedem schlechteren Besitzer die Rechte des Eigenthümers zu, indem fingirt wird, daß er die begonnene Ersitzung bereits vollendet habe; die Klage des redlichen Besitzers gegen Denjenigen, welcher ihm die Sache vorenthält, heißt Publiciana in rem actio [1]. Das Genauere über diese Klage ist Folgendes:

1. Kläger ist Derjenige, welcher die Ersitzung des Sache begonnen aber noch nicht vollendet hat, weil sie ihm vorenthalten wird. Die Klage setzt also voraus, daß der Kläger einen Titel habe [2]; daß ein Putativtitel genügt, wird in mehreren Quellenzeugnissen bejaht [3], in Einem anscheinend geleugnet [4]; allgemein gibt man den ersteren den Vorzug. Sie setzt ferner voraus, daß der Kläger redlich sei [5], und zwar ist (was aber Viele bestreiten) die Bestimmung des Canonischen Rechts, daß zur Ersitzung fortdauernde Redlichkeit erforderlich sei (§ 89), auch hier anzuwenden. Sie setzt endlich voraus, daß die Sache nicht der ordentlichen Ersitzung entzogen sei [6]. — In denjenigen Fällen, in welchen der Erwerb der Sache keine Besitz-

---

[8] l. 10. C. de pign. act. 4, 24. — [9] l. 14. pr. D. si s. v. 8, 5; l. 8. C. de serv. 3, 34. — [10] l. 5. § 6. D. si us. pet. 7, 6; l. 4. § 2. i. f. D. si s. v. 8, 5. — [11] l. 7. l. 12. D. si s. v. 8, 5. — [12] J.R.A. § 162. — [13] l. 5. pr. D. si usus fr. pet. 7, 6; l. 11. D. si serv. 8, 5.

[1] § 4. I. de act. 4, 6. — [2] l. 1. pr. l. 5. l. 6. l. 7. pr. — § 5. l. 13. D. h. t. 6, 1. — [3] l. 5. l. 7. §§ 2. 4. l. 13. § 2. D. h. t. 6, 2. — [4] l. 2. § 16. D. pro emt. 41, 4. — [5] l. 1. pr. l. 7. § 11. sqq. D. h. t. 6, 2. — [6] l. 9. § 5. l. 12. § 4. D. h. t. 6, 2.

ergreifung verlangt (z. B. Vermächtniß), ist die Klage auch ohne den einstmaligen Besitz des Klägers begründet[7].

2. Der Kläger dringt nur gegen Denjenigen durch, der ihm die Sache vorenthält, trotzdem er ein schlechteres Recht hat. Er dringt also nicht durch:

a. gegen den Eigenthümer der Sache[8]; dieser hat vielmehr die exc. dominii, welche aber in einzelnen Fällen durch Replicationen (z. B. rei venditae et traditae, § 153) entkräftet werden kann[9];

b. gegen einen gleich guten redlichen Besitzer; dieser hat vielmehr die sog. exc. paris bonae fidei possessionis. Bezüglich der Frage, wer ein gleich guter redlicher Besitzer sei, besteht in den Quellen eine Antinomie: nach der Meinung des Ulpian[10] soll unterschieden werden, ob die Parteien von demselben Auctor oder von verschiedenen Auctoren ihren Besitz herleiten, im ersten Fall soll dem älteren Besitzer, im zweiten dem gegenwärtigen Besitzer der Vorzug gegeben werden; nach der Meinung der Neratius[11] soll stets der ältere Besitzer vorgezogen werden. Die mannigfachen Versuche, diese Antinomie durch Interpretation zu heben, haben keinen Beifall erlangt; man hält allgemein die Meinung des Ulpian für die consequentere.

3. Beweisen muß der Kläger 1) seinen einstmaligen Besitz und seinen Titel, 2) den gegenwärtigen juristischen Besitz resp. die Detention des Verklagten. Hingegen seine Redlichkeit sowie die Ersitzungsfähigkeit der Sache braucht Kläger nicht zu beweisen; denn erstere wird vermuthet (§ 96 N. 7), letztere ergiebt sich aus dem eingeklagten Object von selbst.

4. Im Uebrigen gelten dieselben Grundsätze wie bei der rei vindicatio[12] (§§ 152. 153).

In den Quellen ist nicht gesagt, daß der redliche Besitzer auch gegen Denjenigen, welcher in anderer Weise als durch Vorenthaltung der Sache ihn verletzt, klagen könne; es ist dies jedoch allgemein anerkannt; man pflegt dies so auszudrücken: der redliche Besitzer kann die act. negatoria publicianisch anstellen.

---

[7] l. 1. § 2. l. 2. l. 7. pr. l. 11. § 2. l. 12. § 1. l. 15. D. h. t. 6, 2. — [8] l. 16. l. 17. D. h. t. 6, 2. — [9] l. 72. D. de r. v. 6, 1; l. 14. D. h. t. 6, 2; l. 2. D. de exc. r. v. et tr. 21, 3; l. 1. l. 3. D. pro emt. 41, 4; l. 4. § 32. D. de d. m. e. 44, 4; l. 57. D. mand. 17, 1. — [10] l. 9. § 4. D. h. t. 6, 2. — [11] l. 31. § 2. D. de a. e. v. 19, 1. — [12] l. 7. § 8. D. h. t. 6, 2.

Zweites Capitel.

Die Servituten.

Luden, die Lehre von den Servituten. 1837. — Hoffmann, die Lehre von den Servituten nach Römischem Recht. 2 Th. 1838. 1843. — Elvers, die Römische Servitutenlehre. 1856. — Schönemann, die Servituten. 1866.

Erster Titel.

Die allgemeinen Grundsätze.

1) § 156. Begriff und Merkmale.

Vangerow, § 338.

Die Servitut (servitus, Dienstbarkeit) ist ein dingliches, den ausschließlichen Vortheil einer bestimmten Person oder eines bestimmten Grundstücks bezweckendes Recht an einer fremden Sache, kraft dessen der Berechtigte entweder die Sache auf gewisse Weise benutzen oder Anderen (selbst dem Eigenthümer) eine gewisse Benutzung der Sache untersagen kann. — In alter Römischer Zeit war die Servitut das einzige dingliche Recht an fremder Sache (Pfandrecht und Superficies sind prätorischen, die Emphyteuse kaiserlichen Ursprungs), und auf dieses älteste ius in re aliena blieb die Bezeichnung servitus auch in späterer Zeit beschränkt [1]. — Die Merkmale der Servitut sind folgende:

1. Die Servitut ist ein dingliches Recht, also ein Recht an einer körperlichen Sache (§ 16). Hingegen an dem intellectuellen Theile einer Sache kann keine Servitut stattfinden [2]; daher kann der Miteigenthümer einer Sache allein eine Servitut weder bestellen, noch zu Gunsten derselben erwerben [3]; daher ist ferner keine theilweise Aufhebung einer Servitut denkbar [4] und selbst bei theilweisem Nichtgebrauch bleibt die Servitut völlig bestehen [5] (§ 171). Ausgenommen von diesen Grundsätzen ist der Usufructus [6]; er wird daher in den Quellen als theilbar bezeichnet, die übrigen Servituten als untheilbar [7]. —

2. Die Servitut ist ein Recht an einer fremden Sache: nulli res sua servit [8]. Dieser Charakter der Servitut bewirkt ihren Untergang durch Confusion, d. h. wenn der Servitutberechtigte das Eigenthum der dienenden Sache erwirbt, so hat er die Befugniß, welche ihm bisher als Servitutberechtigten zustand, nunmehr als Eigenthümer [9]; es war daher falsch, daß im Mittelalter das Nutzungsrecht des Eigenthümers an seiner Sache usus fructus causalis genannt wurde (im Gegensatz zu der Servitut: dem sog. ususfr. formalis).

---

[1] S. jedoch l. 86. § 4. D. de leg. 1. (30); l. 1. § 22. D. de aqua 39, 3. — [2] l. 6. § 1. D. comm. pr. 8, 4. — [3] l. 2. D. de serv. 8, 1; l. 19. D. de s. p. r. 8, 3; l. 5. i. f. D. comm. praed. 8, 4. — [4] l. 34. pr. D. de s. p. r. 8, 3; l. 30. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; l. 8. § 1. D. qu. s. am. 8, 6. — [5] l. 5. l. 8. § 1. D. qu. s. am. 8, 6. — [6] l. 5. D. de usufr. 7, 1; l. 14. l. 20. l. 25. D. qu. m. us. 7, 4. — [7] l. 19. D. de us. 7, 8; l. 1. § 9. l. 81. pr. D. ad. l. falc. 35, 2; l. 13. § 1. D. de acc. 46, 4. — [8] l. 27. D. de s. p. u. 8, 2. — [9] l. 36. § 1. l. 63. D. de usufr. 7, 1; l. 26. pr. de us. leg. 33, 2.

3. Die Servitut bezweckt den **Vortheil** einer Person oder eines Grundstückes, denn jedes Vermögensrecht setzt ein Interesse des Berechtigten voraus (§ 16) und in der Befriedigung des Interesses besteht der Vortheil, den die Servitut gewährt[10]. Uebrigens kann der Vortheil ein pecuniärer sein oder bloß die Annehmlichkeit erhöhen[11] (so z. B. bei den Aussichtsservituten); aber um der bloßen Laune zu fröhnen, soll die Freiheit des Eigenthums nicht eingeschränkt werden: ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest[12]. Wer jedoch seine Sache veräußert, kann sich trotz Mangels eines Interesses und aus bloßer Laune eine Servitut vorbehalten[13]: was nach richtiger Meinung daraus zu erklären ist, daß der Inhalt der Veräußerung von dem Willen des Veräußerers abhängt.

4. Die Servitut bezweckt den **ausschließlichen** Vortheil einer **bestimmten** Person oder eines **bestimmten** Grundstücks; daher kann sie von der Person resp. der unbeweglichen Sache nicht abgetrennt und auf eine andere nicht übertragen werden. Unzulässig ist nicht bloß die **völlige** Uebertragung sondern auch eine Uebertragung in der Weise, daß an der Servitut eine neue Servitut (z. B. ein Usus fructus) bestellt wird: servitus servitutis esse non potest[14]. Unzulässig ist ferner nicht bloß die Uebertragung dem **Rechte** nach (diese würde möglicherweise die Dauer der Servitut verlängern), sondern auch der **Ausübung** nach[15] (diese würde leicht bewirken, daß der Ausübende nicht das Bedürfniß des Berechtigten, sondern sein eigenes Bedürfniß zum Maßstab der Ausübung nähme); nur bei dem Usus fructus ist die Uebertragung der **Ausübung** nach durch Verkauf, Vermiethung, Schenkung u. dgl. gestattet[16]; denn da bei dem Usus fructus **alle** Früchte, welche die Sache liefert, dem Servitutberechtigten gebühren, so tritt die gedachte Befürchtung nicht ein. Eine Uebertragung der Servitut dem **Rechte** nach ist nichtig; es ist dies zwar in den Quellen[17] anerkannt, aber es wird in einem Fragment (von Pomponius) geleugnet und vielmehr der Untergang der Servitut als Folge angegeben[18]; die Meinung des Pomponius ist unhaltbar.

5. Der Servitutberechtigte ist befugt, entweder die fremde Sache in gewisser Weise zu benutzen (affirmative, positive Servitut) oder Anderen (selbst dem Eigenthümer) die Benutzung der Sache in gewisser Weise zu untersagen (negative Servitut)[19]. In welcher Weise? das ergibt erst die concrete Servitut, denn es gibt unzählige Servituten; gemeinsam ist ihnen nur die Tendenz, daß die Befugnisse des Eigenthümers durch die des Servitutberechtigten nicht allzusehr leiden. Die affirmative Servitut enthält eine Einschränkung der negativen Seite des Eigenthums (§ 125): der Eigenthümer der dienenden Sache muß etwas dulden, was er ohne die

---

[10] l. 15. D. de serv. 8, 1. — [11] l. 8. § 1. D. si s. v. 8, 5; l. 3. pr. D. de aq. quot. 43, 20. — [12] l. 8. pr. D. de serv. 8, 1. — [13] l. 19. D. de serv. 8, 1. — [14] l. 1. D. de us. et usufr. leg. 33, 2; l. 33. § 1. D. de s. p. r. 8, 3. — [15] l. 44. D. loc. 19, 2; l. 36. D. de s. p. r. 8, 3. — [16] l. 12. § 2. ll. 38. 40. l. 67. D. de usufr. 7, 1; l. 29. D. qu. m. us. am. 7, 4; l. 8. § 2. D. de per. 18, 6; l. 9. § 1. D. loc. 19, 2; l. 66. de jure dot. 23, 3; l. 57. D. sol. matr. 24, 3. — [17] § 3. I. de usufr. 2, 4; Gai. 2, 30. — [18] l. 66. D. de j. d. 23, 3. — [19] l. 15. § 1. D. de serv. 8, 1.

Servitut verhindern dürfte (sog. serv. in patiendo). Die negative Servitut enthält eine Einschränkung der positiven Seite des Eigenthums: der Eigenthümer der dienenden Sache darf eine Eigenthumsbefugniß nicht ausüben, welche er ohne die Servitut ausüben könnte (sog. serv. in non faciendo). Wie es keine dritte Seite des Eigenthums gibt, so kann keine Servitut darin bestehen, daß der Eigenthümer einer Sache zu einem Thun verpflichtet sei (daher das Rechtssprichwort der Neueren: servitus in faciendo consistere non potest)[20]. Daher liegt die Unterhaltung der Anstalten, welche behufs der Servitutausübung gemacht worden sind, dem Servitutberechtigten ob[21]; nur bei der serv. oneris ferendi (§ 166 unter 1) muß der Eigenthümer des dienenden Gebäudes die schadhaft gewordene Mauer, auf welcher das herrschende Gebäude ruht, ausbessern[22], falls er nicht das dienende Grundstück derelinquirt[23]. Wie diese Ausnahme zu erklären: das ist sehr bestritten; wahrscheinlich beruht sie auf ähnlichen Erwägungen wie das sog. Nachbarrecht (§ 126 unter I).

2) § 157. Eintheilungen.

I. Von dem Zweck hergenommen ist die Eintheilung in persönliche Dienstbarkeiten (in den Quellen: personarum s. hominum s. personales servitutes, serv. in personam constitutae) und Grunddienstbarkeiten (in den Quellen: rerum s. praediorum servitutes, serv. in rem constitutae, iura praediorum).

1. Geschichtlich älter sind die Prädialservituten; sehr oft werden sie allein in den Quellen unter dem Namen servitus verstanden; sie ruhen auf folgendem Gedanken: Die Vertheilung der Grundstücke unter den Menschen ist etwas Willkürliches, und sie gefährdet oft die gedeihliche Bewirthschaftung eines Grundstücks. Benachbarte ländliche Grundstücke bedürfen einander theils hinsichtlich ihrer Producte (Wasser, Weide u. dgl.), theils hinsichtlich der Bewegung zu und von dem einzelnen Grundstück (Weg, Wasserleitung u. dgl.). Noch mehr besteht in den Städten eine Wechselwirkung zwischen den Nachbarhäusern. Diese Sachlage erzeugt neue Rechtsverhältnisse zu dem Zwecke, das Eigenthum der Grundstücke nach dem concreten Bedürfniß zu modificiren; diese Rechtsverhältnisse sind die Prädialservituten: es dient ein Grundstück den Interessen eines anderen; das herrschende Grundstück erhält in der Servitut eine Eigenschaft und wird in seinem Werthe gesteigert[1]; das Eigenthum am herrschenden Grundstück empfängt durch die Servitut eine Vermehrung, das am dienenden Grundstück wird dadurch eingeschränkt[2].

2. Auf einem ganz anderen Gedanken ruhen die Personalservituten. Oft will Jemand (namentlich ein Testator aus Wohlwollen) einem Anderen lebenslänglich den Ertrag oder Gebrauch einer Sache zuwenden, während er die Sache selbst (folgeweise auch ihren Ertrag und Gebrauch nach dem

[20] l. 15. § 1. D. de serv. 8, 1; l. 6. § 2. D. si s. v. 8, 5; l. 12. D. de ann. leg. 33, 1. — [21] l. 6. § 2. l. 8. § 2. D. si s. v. 8, 5. — [22] l. 33. D. de s. p. u. 8, 2; l. 6. §§ 2. 5. 7. l. 8. pr. § 2. D. si s. v. 8, 5. — [23] l. 6. § 2. i. f. D. si s. v. 8, 5.

[1] l. 86. D. de v. s. 50, 16; l. 12. D. qu. s. a. 8, 6. — [2] l. 5. § 9. D. de o. n. n. 39, 1.

Tode Jenes) ſich ſelbſt reſp. ſeinem Erben vorbehalten will. Dieſe Abſicht wird durch Conſtituirung einer Perſonalſervitut erreicht: es dient alsdann eine Sache den perſönlichen Intereſſen eines Nichteigenthümers.

II. Von dem Inhalt hergenommen iſt die Eintheilung der Neueren in affirmative und negative Servituten (§ 156 unter 5).

III. Von der Ausübungsweiſe hergenommen iſt die Eintheilung der Neueren in serv. continuae und discontinuae (ſtändige — unſtändige). Erſtere werden ununterbrochen ausgeübt (ſo die meiſten Urbanalſervituten), anders die letzteren (ſo die meiſten Ruſticalſervituten).

Zweiter Titel.

Die einzelnen Servituten.

I. Perſonalſervituten.

Kohnfeldt, die ſog. irregulären Servituten nach Römiſchem Recht. 1862.

1) § 158. Ueberſicht.

Vangerow, §§ 339. 349.

In den Quellen des Römiſchen Rechts werden folgende Perſonalſervituten behandelt:

1. Uſusfructus (§ 159 sqq).
2. Uſus (§ 162).

3. und 4. Habitátio [1] und operae servorum vel animalium [2]. Römiſche Teſtatoren hatten mehrfach in ihrem letzten Willen eine habitatio, ſowie operae servorum, operae animalis als Vermächtniß ausgeſetzt. Die römiſchen Juriſten nahmen an, daß jene Teſtatoren die Worte usus und ususfructus aedium, servi, animalis abſichtlich vermieden hätten, nämlich um das Vermächtniß allen poſitiven Vorſchriften über den Uſusfructus und den Uſus zu entziehen, und ſie erklärten deshalb die Grundſätze über den Untergang der Servituten durch nonusus und capitis deminutio (§ 171) auf jene Vermächtniſſe für unanwendbar [3]. Außerdem ſtritten die römiſchen Juriſten, ob durch jene Vermächtniſſe ein Uſusfructus oder ein Uſus oder eine ſelbſtändige in der Mitte ſtehende Servitut begründet ſei [4], — was namentlich für die Frage wichtig war, ob und inwieweit der Bedachte die Ausübung ſeines Rechtes einem Anderen überlaſſen dürfe (§ 156 unter 4). Juſtinian ließ den Streit bezüglich der operae serv. vel anim. unentſchieden; bezüglich der habitatio entſchied er ſich für die Annahme einer ſelbſtändigen, zwiſchen Uſusfructus und Uſus in der Mitte ſtehenden Servitut, und er gab dem Berechtigten die Befugniß, die Wohnung einem Anderen zu vermiethen, nicht aber ſie ihm unent-

[1] t. I. 2, 5; t. D. 7, 8: de usu et habitatione. — [2] t. D. 7, 7: de operis servorum; l. 5. § 3. D. qu. u. c. 7, 9. — [3] l. 10. pr. D. de us. et hab. 7, 8; l. 10. D. de c. d. 4, 5; l. 2. D. de op. s. 7, 7; l. 2. D. de us. et usufr. leg. 33, 2. — [4] l. 13. C. de usufr. 3, 33; § 5. I. de us. et hab. 2, 5; l. 10. pr. § 2. D. de us. et hab. 7, 8; l. 5. D. de op. s. 7, 7; l. 1. § 9. D. ad l. Falc. 35, 2.

geltlich zu überlassen[5]. — Heutzutage streitet man, ob, wenn ähnliche moderne Ausdrücke von einem Servitutbesteller gebraucht werden, die römischen Bestimmungen anzuwenden seien. Die meisten Juristen verneinen dies: mit Recht, denn schwerlich entsprechen die römischen Bestimmungen der Willensmeinung eines Servitutbestellers unserer Zeit; es sind vielmehr je nach dessen vermuthlicher Absicht die Grundsätze des Usufructus oder Usus anzuwenden.

5. Von mehreren Servituten, welche gewöhnlich nur als prädiale erscheinen, wird in den Quellen erwähnt, daß sie auch nicht grundgesessenen Personen (z. B. dem Miether oder Pächter eines Grundstücks) zustehen können; so Wasser-, Weide-, Wegegerechtigkeiten u. dgl.[6]. Man nannte dieselben früher irreguläre Personalservituten; die heute herrschende Meinung faßt sie als reine Personalservituten auf, nämlich als Gebrauchs- und Fruchtziehungsrechte von sehr eingeschränkter Art; als Personalservituten endigen sie mit dem Tode des Berechtigten (Note 8).

Die Personalservituten können sowohl an beweglichen wie an unbeweglichen Sachen stattfinden. Sie sind an die Person des Berechtigten gebunden, und sie hören deshalb, wenn nicht eine frühere Beendigung festgesetzt ist[7], mit dem Tode des Berechtigten auf[8]; bloß die (heut unpraktische) serv. operarum servi war (wir wissen nicht, aus welchen Gründen) vererblich[9].

2) Usufructus (Nießbrauch, Nutznießung).

t. D. VII, 1: de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. — t. C. III, 33: de usufructu et habitatione et ministerio servorum. — t. I. II, 4: de usufructu.

a. § 159. Begriff und Inhalt.

Vangerow, §§ 343. 344.

Die Legaldefinition[1] lautet: usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Danach ist der Nießbrauch das dingliche höchstpersönliche vollständige Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht an einer fremden unverzehrbaren Sache, jedoch unter Wahrung ihrer Substanz.

1. Der Nießbrauch ist das vollständige Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht. Der Usufructuar kann allen Gebrauch von der Sache machen[2] und alle Früchte aus derselben ziehen, sowohl die natürlichen als die juristischen, sowohl die industriellen als die rein natürlichen[3]. Auf später entstehende Accessionen der Hauptsache erstreckt sich der Usufructus nur dann, wenn sie mit der Hauptsache in unmittelbarer Verbindung stehen, z. B. auf die Alluvio, nicht aber auf die insula in flumine

[5] l. 13. C. de usufr. 3, 33. — [6] l. 32. D. de usufr. 7, 1; l. 4. l. 6. pr. l. 37. D. de s. p. r. 8, 3; l. 1. l. 15. § 1. D. de us. leg. 33, 2; l. 6. D. de serv. leg. 33, 3; l. 14. § 3. D. de al. leg. 34, 1. — [7] l. 15. D. qu. m. u. 7, 4; l. 5. C. de usufr. 3, 33. — [8] l. 3. § 3. D. qu. m. u. 7, 4; l. 10. pr. D. de us. et hab. 7, 8; pr. I. de us. et hab. 2, 5. — [9] l. 2. D. de us. et usufr. leg. 33, 2.

[1] l. 1. D. h. t. 7, 1; pr. I. h. t. 2, 4. — [2] l. 12. § 1. l. 15. § 4. l. 23. § 1. l. 28. l. 41. pr. D. h. t. 7, 1. — [3] l. 7. pr. § 1. l. 9. pr. l. 15. § 5. l. 27. § 1. l. 59. § 1. D. h. t. 7, 1; §§ 36. 37. I. de r. d. 2, 1.

nata[4], auch nicht auf das Sklavenkind[4a]. Der Usufructuar kann die Ausübung seines Rechts (nicht aber sein Recht selbst), einem Anderen überlassen, sei es entgeltlich oder unentgeltlich, sei es für immer oder auf Zeit[5]; es gilt alsdann der Andere dritten Personen gegenüber als Stellvertreter des Usufructuars. Der Usufructuar erwirbt die natürlichen Früchte durch die Perception (§ 134 unter 1), die juristischen bald durch Occupation (Ausbeute bei Bergwerken, jagdbare Thiere auf einem Jagdgrundstücke), bald durch Tradition (Pacht- und Miethzins). Beginnt der Usufructus mitten in einer Fruchtperiode, so kann der Usufructuar die noch hängenden natürlichen Früchte percipiren[6]; die juristischen Früchte werden verschieden behandelt, je nachdem sie ein Entgelt für Ziehung natürlicher Früchte oder für den Gebrauch einer Sache sind; ersterenfalls gelten dieselben Regeln wie bezüglich der natürlichen Früchte, und daher gebührt dem Usufructuar das ganze Pachtgeld eines verpachteten ländlichen Grundstücks, falls der Pächter erst nach Beginn des Usufructus die Früchte einerntet[7]; letzterenfalls erfolgt stets eine Theilung der juristischen Früchte (z. B. des Miethgeldes eines vermietheten Sklaven oder Wohnhauses) zwischen dem Proprietar und Usufructuar und zwar nach Verhältniß der Zeit[8]. Analoge Grundsätze gelten, wenn der Usufructus mitten in einer Fruchtperiode endigt[9].

2. Unter Wahrung der Substanz der Sache. Hierin liegt eine doppelte Schranke des Rechtes des Usufructuars:

a. Er soll die Sache nicht nach Laune, sondern boni viri arbitratu nutznießen[10], ja er soll sie nur so benutzen, wie es der Proprietar selbst vermuthlich gethan hätte; daher darf er nicht einen Sklaven, welcher bisher Kunst und Wissenschaft obgelegen hat, zu Handarbeiten anhalten[11]; ein Privatbadehaus darf er nicht in ein öffentliches verwandeln[12]; Kleidungsstücke darf er nicht vermiethen, außer wenn sie vermiethet zu werden pflegten[13].

b. Er soll die Gestalt der Sache nicht verändern, selbst wenn dies eine Verbesserung der Sache oder eine Vergrößerung ihres Ertrages in sich schließt; daher darf er aus einem Lustgarten keinen Fruchtgarten machen[14], aus einem landwirthschaftlichen Grundstück kein Bergwerk; nur auf einem größeren Landgut kann er Fossilien und Steine graben und brechen, vorausgesetzt, daß dies auf einem bescheidenen Theile geschieht[15]; auf leeren Grundstücken darf er kein Gebäude aufführen, außer sofern die Aufbewahrung der Früchte es verlangt[16]; bestehende Gebäude darf er nicht einreißen (selbst nicht, um etwas Besseres an die Stelle zu setzen) noch erhöhen, begonnene Gebäude darf er nicht vollenden[17].

Da dem Usufructuar aller Gebrauch und alle Fruchtziehung zusteht,

---

[4] l. 9. § 4. D. h. t. 7, 1. — [4a] l. 68. pr. D. h. t. 7, 1. — [5] l. 12. § 2. l. 6. D. h. t. 7, 1. — [6] l. 2. pr. D. h. t. 7, 1. — [7] l. 58. pr. D. h. t. 7, 1. — [8] l. 25. § 2. l. 26. D. h. t. 7, 1; cf. l. 9. § 1. D. loc. 19, 2. — [9] l. 13. D. qu. m. us. am. 7, 4. — [10] l. 9. pr. l. 13. pr. § 6. l. 15. § 3. D. h. t. 7, 1; l. 1. pr. D. usufr. qu. c. 7, 9. — [11] l. 15. § 1. D. h. t. 7, 1. — [12] l. 13. § 8. D. h. t. 7, 1. — [13] l. 15. § 4. D. h. t. 7, 1. — [14] l. 13. § 4. D. h. t. 7, 1. — [15] l. 13. § 5. l. 9. § 3. D. h. t. 7, 1. — [16] l. 13. § 6. D. h. t. 7, 1. — [17] l. 7. § 3. l. 8. l. 13. § 7. l. 44. l. 61. D. h. t. 7, 1.

so ist Beides dem Eigenthümer entzogen (das Eigenthum heißt deshalb nuda proprietas, der Eigenthümer dominus proprietatis, proprietarius[18]); alle übrigen Eigenthumsbefugnisse kann der Proprietar ausüben[19]; namentlich kann er die Sache veräußern und verpfänden[20]; Servituten kann er nur insoweit bestellen, als sie dem Recht des Usufructuars nicht schaden[21]; solche Servituten aber, welche dem Recht des Usufructuars schaden, kann er nach den Quellen[22] nicht einmal mit Zuziehung des Usufructuars bestellen — was bisher noch nicht genügend erklärt ist.

b. § 160. Verbindlichkeiten des Usufructuars.

Vangerow, § 345.

Der Usufructuar haftet nicht bloß für den Schaden, welchen er durch Ueberschreitung der Schranken seines Nießbrauchsrechts anrichtet, er soll überhaupt die Sache wie ein bonus paterfamilias behandeln, und er muß allen durch ein entgegengesetztes Verhalten (durch seine Culpa) entstandenen Schaden ersetzen[1]. Demgemäß soll er nicht zulassen, daß die Sache durch irgend wen ersessen werde[2]; er soll alle dem usufructuarischen Grundstück zustehenden Rechte ausüben, damit sie nicht durch Nichtgebrauch untergehen[3]; er soll ländliche Grundstücke in gutem Anbau erhalten, namentlich Bäume und Weinstöcke nachpflanzen[4]; Thiere soll er auf seine Kosten ernähren[5] und bei Heerden den Abgang aus den geworfenen Jungen ergänzen[6]; bei Gebäuden soll er alle mäßigen Reparaturen aus eigenen Mitteln bestreiten[7]. Er soll alle Abgaben und Lasten, welche auf der Sache ruhen, aus eigenen Mitteln entrichten[8]. Er soll nach beendetem Nießbrauch die Sache nebst Accessionen dem Proprietar zurückgeben[9]. Behufs treuer Erfüllung dieser Verbindlichkeiten muß der Usufructuar dem Proprietar eine Caution mit Bürgen (cautio usufructuaria) stellen des Inhalts, daß er die Sache wie ein bonus paterfamilias nutznießen und nach Beendigung des Nießbrauchs dem Proprietar zurückgeben werde[10]. Der Proprietar kann, solange die Caution nicht gestellt ist, die Uebergabe der Sache verweigern; hat er die Sache trotz mangelnder Caution dem Usufructuar hingegeben, so kann er sie zurückfordern (mit der rei vindicatio, § 150 Text zu Note 3) oder die Caution (mit einer condictio incerti) einklagen[11]. In einigen Fällen ist der Usufructuar von der Pflicht zur Cautionsstellung frei: 1) der Usufructuar, welchem nach Ablauf einer Frist das Eigenthum der Sache vermacht ist[12]; 2) der Vater, welcher den Ususfructus an den Adventicien seiner Kinder hat[13]; 3) der Ehemann, welchem

[18] §§ 1. 3. I. h. t. 2, 4; l. 15. § 6. l. 17. D. h. t. 7, 1. — [19] l. 7. § 1. l. 13. § 7. i. f. l. 17. § 2. l. 25. § 3. D. h. t. 7, 1. — [20] l. 2. C. h. t. 3, 33. — [21] l. 15. § 7. l. 16. D. h. t 7, 1. — [22] l. 15. § 7. D. h. t. 7, 1.

[1] § 38. I. de r. d. 2, 1; l. 9. pr. § 2. l. 65. pr. D. h. t. 7, 1; l. 1. pr. l. 2. D. qu. usufr. c. 7, 9. — [2] l. 1. § 7. D. qu. usufr. c. 7, 9. — [3] l. 15. § 7. D. h. t. 7, 1. — [4] § 38. I. de r. d. 2, 1; l. 9. pr. § 6. l. 18. l. 59. pr. D. h. t. 7, 1. — [5] l. 15. § 2. l. 45. D, h. t. 7, 1. — [6] § 38. I. de r. d. 2, 1; l. 68. § 2. l. 69. l. 70. D. h. t. 7, 1. — [7] l. 7. § 2. D. h. t. 7, 1. — [8] l. 7. § 2. l. 27. § 3. D. h. t. 7, 1; l. 28. D. de us. et usufr. 33, 2. — [9] l. 1. pr. l. 9. § 3. D. us. qu. c. 7, 9. [10] t. D. usufructuarius quemadmodum caveat 7, 9. — [11] l. 13. pr. D. de usufr. 7, 1; l. 7. pr. l. 12. D. usufr. qu. c. 7, 9. — [12] l. 9. § 2. D. us. qu. c. 7, 9. — [13] l. 8. § 4. C. de bon. quae lib. 6, 61.

ein Ususfructus als Dos bestellt ist[14]; 4) der coniux binubus, welcher an den Gütern, deren Proprietät an die Kinder der ersten Ehe fällt, den Ususfructus hat[15]; 5) nach der Praxis Derjenige, welcher die Proprietät einer Sache unter Vorbehalt des Ususfructus verschenkt hat. Bestritten ist, ob der Proprietar dem Usufructuar die Cautionsstellung durch Vertrag erlassen könne; nach einem ausdrücklichen Quellenzeugnisse[16] kann sie Derjenige, welcher den Nießbrauch letztwillig Jemandem hinterläßt, dem Bedachten nicht erlassen; viele Juristen halten diese Vorschrift für willkürlich und bejahen deshalb die Streitfrage. Erwägt man jedoch, daß, falls der Usufructuar durch böswillige Unterlassungen die Sache beschädigt, nur die Caution dem Proprietar eine Klage gegen den Usufructuar nach classischem Römischem Recht verschafft[17], so gelangt man zur Verneinung der Streitfrage; denn im Erlaß der Caution liegt ein pact. de dolo non praestando, welches ungiltig ist (§ 236).

c. § 161. Quasiususfructus.

t. D. VII, 5: de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur. — Held, die Lehre vom ususfructus earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur. 1848. — Vangerow, § 347.

Die juristische Form des Nießbrauchs ist bei verzehrbaren Sachen nicht denkbar, weil sie weder Gebrauch noch Fruchtziehung sondern nur Verbrauch zulassen; sie ist noch weniger bei Forderungen denkbar, weil diese nicht zu den körperlichen Sachen gehören. Der dem Ususfructus zu Grunde liegende öconomische Gedanke ist hingegen auf alle körperlichen und unkörperlichen Gegenstände anwendbar; bei Beerbungsfällen namentlich entsteht das Bedürfniß, diesen öconomischen Gedanken am ganzen Vermögen zu realisiren, und demgemäß dem wahren Nießbrauch (sog. verus ususfructus) einen analogen (quasiususfructus, uneigentlicher Nießbrauch) nachzubilden. Dieser Quasiususfructus entstand in Folge eines Senatusconsults (vielleicht schon gegen Ende der Republik, jedenfalls aus dem Anfang der Kaiserzeit), welches verordnete, daß an allen Gegenständen eines Vermögens ein Ususfructus durch Legat hinterlassen werden könne[1]. — Der Quasiususfructus findet in zwei Fällen Anwendung:

1. Bei verzehrbaren Sachen. Der Quasiusufructuar erwirbt das Eigenthum derselben, muß jedoch zu der Zeit, wo ein wahrer Ususfructus untergeht, das Empfangene in gleicher Quantität und Qualität zurückgeben[2], und zwar selbst dann, wenn er es durch Zufall verloren haben sollte; auch muß er hiefür Caution stellen[3]. Der Quasiususfructus verschafft also dem Berechtigten für die Zeit seiner Dauer den Nießbrauch am Werth der Sache (das ist die öconomische Analogie), aber mit ähnlichen Verpflichtungen und Untergangsgründen wie der wahre Nießbrauch (das ist die juristische Analogie). Streitig ist, ob der Nießbrauch an

---

[14] l. 2. C. ne fid. dot. 5, 20. — [15] l. 6. § 1. C. de sec. nupt. 5, 9. — [16] l. 7. C. ut in poss. leg. 6, 54. — [17] l. 13. § 2. D. de usufr. 7, 1.

[1] l. 1. l. 2. § 1. D. h. t. 7, 5; § 2. I. de usufr. 2, 4; Ulp. fr. 24, 27. — [2] l. 5. § 1. D. h. t. 7, 5; l. 9. § 4. D. ad exh. 10, 4; l. 10. D. de pr. v. 19, 5. — [3] l. 2. pr. l. 6. l. 7. l. 9. l. 10. D. h. t. 7, 5; l. 7. § 1. D. usufr. qu. c. 7, 9.

Kleidungsstücken als ein wahrer oder uneigentlicher zu behandeln sei? In den Quellen wird derselbe in zwei Stellen[4] als ein wahrer, in einer dritten[5] als uneigentlicher erklärt; nach der herrschenden Meinung löst sich diese Antinomie dadurch, daß man auf den vermuthlichen Willen des Servitutbestellers zurückgeht.

2. Bei Forderungen (ususfr. nominum). Wird dem Schuldner selbst der Nießbrauch der Forderung bestellt, so braucht er während der Dauer des Quasiususfructus, wenn die Schuld verzinslich ist, keine Zinsen zu zahlen, auch braucht er die Schuld während jener Zeit nicht abzutragen, er muß jedoch für rechtzeitige Zahlung Caution leisten[6]. Wird der Quasiususfructus der Forderung einem Dritten bestellt, so gebühren ihm, wenn sie verzinslich ist, die Zinsen; auch kann er nach bestellter Caution die Forderung von dem Schuldner einziehen[7], und er erlangt an dem eingezogenen Gegenstand je nach dessen Natur die Rechte eines Usufructuars oder Quasiusufructuars.

3) § 162. Usus (Gebrauchsrecht).

t. I. II, 5; t. D. VII, 8: de usu et habitatione. — Thibaut, Versuche I, 3. 1798. — Bechmann, über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des Usus nach Römischem Rechte. 1861. — Vangerow, § 348.

Regelmäßig enthält der Usus das dingliche höchstpersönliche Recht, eine fremde unverzehrbare Sache zu gebrauchen, nicht jedoch Früchte aus derselben zu ziehen[1]. An dem Gebrauch kann der Usuar seine Angehörigen, Diener, Gäste theilnehmen lassen[2]; nicht aber darf er die Ausübung seines Rechts einem Anderen überlassen[3]. Zuweilen jedoch geben die Quellen dem Usuar die Befugniß, Früchte zu ziehen und die Ausübung seines Rechts einem Anderen zu überlassen nach folgenden Grundsätzen:

1. Gewisse Sachen gewähren überhaupt nur durch Fruchtziehung, nicht durch bloßen Gebrauch einen Nutzen; hier wird angenommen, daß wer an solchen Sachen einen Usus bestellt, im Worte fehlgegriffen und vielmehr einen Ususfructus resp. Quasiususfructus habe bestellen wollen. So bei dem usus silvae[4], usus pecuniae[5].

2. Bei gewissen Sachen gewährt ein Theil dem Usuar durch den bloßen Gebrauch einen Vortheil, ein anderer Theil durch Fruchtziehung. So ein Landgut nebst Wohngebäude, ferner ein Gebäude, welches für das Bedürfniß des Usuars zu groß ist. Ersterenfalls kann der Usuar nicht bloß das Gebäude bewohnen, sondern zugleich von Wald, Wiese, Acker, Garten soviel Früchte ziehen, als sein resp. seiner Angehörigen, Diener und Gäste Bedürfniß erheischt[6]; letzterenfalls kann der Usuar denjenigen Theil des Gebäudes, dessen er selbst nicht bedarf, vermiethen[7]. Es ist

[4] l. 9. § 3. D. usufr. qu. c. 7, 9; l. 15. § 4. D. de usufr. 7, 1. — [5] § 2. I. de usufr. 2, 4. — [6] l. 3. l. 4. D. h. t. 7, 5. — [7] l. 24. pr. D. de us. et usufr. 33, 2; l. 1. C. de usufr. 3, 33.

[1] l. 2. pr. l. 1. § 1. D. h. t. 7, 8. — [2] l. 2. § 1. l. 3. l. 4. § 1. — l. 7. l. 9. l. 12. § 5. D. h. t. 7, 8. — [3] l. 11. D. h. t. 7, 8; § 1. i. f. I. h. t. 2, 5. — [4] l. 22. D. h. t. 7, 8. — [5] l. 5. § 2. l. 10. § 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5. — [6] l. 12. pr. § 1. l. 15. D. h. t. 7, 8; § 1. I. h. t. 2, 5. — [7] l. 2. § 1. l. 4. pr. D. h. t. 7, 8.

die Aufgabe, dies zu erklären. In früherer Zeit meinte man, daß der Usus vom Ususfructus nicht qualitativ sondern nur quantitativ unterschieden sei; er gewähre nämlich das Recht der Fruchtziehung, aber mit Beschränkung auf die Nothdurft des Berechtigten. Diese Ansicht wird heut allgemein verworfen; über eine neue Erklärungsweise wird lebhaft gestritten; am richtigsten dürfte die Annahme sein, daß der Testator, welcher die Servitut vermachte, dem Usuar die Fruchtziehung in den angegebenen bescheidenen Grenzen habe gestatten wollen.

Der Usuar ist natürlich denselben Beschränkungen wie der Usufructuar unterworfen (§ 159 unter 2). Auch ist er zur Cautionsleistung verpflichtet[8] (§ 160). Die Tragung der Reparaturkosten und Lasten liegt dem Usuar ob, wenn die Sache keine Früchte für den Eigenthümer abwirft, sonst dem Eigenthümer[9].

Neben dem Usuar gebührt dem Eigenthümer die Fruchtziehung, es sei denn, daß der Gebrauch Seitens des Usuars die Vortheile der Sache erschöpft. Der Eigenthümer kann dieses Recht der Fruchtziehung einem Anderen als dingliches Recht bestellen, und es entsteht dann ein fructus sine usu, in welchem Falle der Fructuar aber dennoch wenigstens insoweit, als die Fruchtziehung es verlangt, die Sache gebrauchen darf[10]. Unzulässig jedoch ist es, daß der Eigenthümer einer Sache unter Vorbehalt des Usus für sich Jemandem einen fructus sine usu bestellt; von diesem Falle heißt es: fructus sine usu esse non potest[11]. Viele Juristen, welche diese beiden Fälle nicht scharf sondern, erklären den fructus sine usu durchweg für unzulässig.

II. Prädialservituten.

1) § 163. Allgemeine Grundsätze.

t. I. II, 3: de servitutibus praediorum. — t. D. VIII, 1: de servitutibus; VIII, 4: communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. — t. C. III, 34: de servitutibus et aqua. — Schrader, civilistische Abhandlungen. Nr. 5. 1816. — Vangerow, § 340.

Während die Personalservituten einen vorübergehenden Charakter haben (denn sie endigen spätestens mit dem Tode der berechtigten Person), können die Prädialservituten vermöge der dauernden Existenz der Grundstücke ewig währen. Ewige Beschränkungen des Eigenthums sind aber vom Uebel; wenn sie sich im Lauf der Zeiten vermehren, so bewirken sie allmählich, daß vom Eigenthum selbst nichts als sein Schatten übrig bleibt. Umsomehr Bedenken veranlassen ewige Beschränkungen des Grundeigenthums, als es ein öffentliches Interesse ist, daß der Landbau gedeihe, und daß der Werth und Ertrag der Grundstücke zunehme. Dazu kommt endlich, daß die Servitut sehr oft dem dienenden Grundstücke mehr Werth entzieht, als sie dem herrschenden zulegt. Aus diesen Gründen stellt das Römische Recht das Princip auf: das Grundeigenthum soll regelmäßig frei und unbeschränkt bleiben, und es kann

[8] l. 5. § 1. l. 11. D. usufr. qu. c. 7, 9. — [9] l. 18. D. h. t. 7, 8. — [10] l. 10. § 4. l. 11. l. 12. pr. l. 14. §§ 2. 3. D. h. t. 7, 8; l. 13. § 3. D. de acc. 46, 4; l. 42. pr. D. de usufr. 7, 1; l. 5. § 2. D. usufr. qu. c. 7, 9. — [11] l. 14. § 1. D. h. t. 7, 8; Paul. sent. rec. III. 6. §§ 24. 25.

nicht nach Lust und Laune der Menschen sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen und innerhalb gewisser Grenzen beschränkt werden. Daraus erklären sich die nachstehenden allgemeinen Grundsätze über Prädialservituten:

1. Omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent[1], d. h. eine Prädialservitut darf nur dann bestellt werden, wenn das dienende Grundstück dem herrschenden nicht bloß vorübergehend und zufällig, sondern vermöge seiner dauernden Beschaffenheit stetig einen Vortheil gewähren kann. Daher kann z. B. eine Wasserservitut nur an einem lebendigen, fortdauernd fließenden Wasser bestellt werden, nicht an einer Cisterne oder einem Teiche[2]. Uebrigens konnte eine Wasserservitut nach altem Civilrecht nur unmittelbar an der Quelle, und erst nach classischem Recht sowohl an jedem fortdauernd fließenden Wasser wie auch an einem das fließende Wasser sammelnden Wasserbehälter (castellum) constituirt werden[3]; durch unrichtige Interpretation der Stellen, welche diese Rechtsentwicklung behandeln, sind einige Juristen zu der unrichtigen Behauptung gelangt, daß das Erforderniß der perpetua causa im classischen Recht überhaupt nicht mehr geltend sei.

2. Die Prädialservituten können nur zwischen benachbarten Grundstücken stattfinden[4]. Unter benachbarten Grundstücken sind aber nicht bloß solche zu verstehen, welche unmittelbar an einander grenzen (das würde höchstens bei der serv. tigni immittendi, oneris ferendi, stillicidii, fluminis u. dgl. verlangt werden), sondern welche in einem solchen räumlichen Verhältniß zu einander stehen, daß das eine Grundstück zum Vortheil des anderen benutzt werden kann. Daher wird eine Wegeservitut nicht dadurch verhindert, daß die beiden Grundstücke durch eine öffentliche Straße oder selbst durch einen öffentlichen Fluß getrennt sind, sobald nur über denselben eine Brücke geht oder eine Furth vorhanden ist[5]; ähnlich bei Wasserservituten[6].

3. Durch eine Prädialservitut kann dem Servitutberechtigten nur eine solche Befugniß eingeräumt werden, welche das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks erheischt[7]. Daher darf der Servitutberechtigte die Servitut nur soweit ausüben, als das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks reicht, nicht aber um einem anderen Grundeigenthümer die Vortheile, welche die Servitut gewährt, zukommen zu lassen[8]; doch wollten ältere römische Juristen dem Servitutberechtigten auch diese Befugniß zusprechen[9]. Soweit die Vortheile, welche die Benutzung des dienenden Grundstücks gewährt, von dem Bedürfniß des herrschenden nicht in Anspruch genommen werden, kann der Eigenthümer des dienenden Grundstücks sie sich zueignen; unter der bezeichneten Voraussetzung kann der

---

[1] l. 28. D. de s. pr. u. 8, 2. — [2] l. 28. D. de s. pr. u. 8, 2; l. 1. § 5. D. de aq. quot. 43, 20; l. 1. § 4. D. de font. 43, 22. — [3] l. 9. D. de s. p. r. 8, 3; l. 2. D. comm. pr. 8, 4; l. 1. §§ 7. 8. D. de aq. quot. 43, 20. — [4] l. 5. § 1. D. de s. p. r. 8, 3; l. 12. D. de pign. 20, 1. — [5] l. 1. pr. D. de s. p. u. 8, 2; l. 38. D. de s. p. r. 8, 3. — [6] l. 17. §§ 2. 4. l. 18. § 1. D. de aq. et aq. pluv. 39, 3; l. 14. § 2. D. de serv. 8, 1; l. 31. D. de s. p. r. 8, 3. — [7] l. 5. § 1. l. 6. D. de s. p. r. 8, 3. — [8] l. 24. D. de s. p. r. 8, 3. — [9] l. 24. D. de s. p. r. 8, 2; l. 1. § 16. D. de aq. quot. 43, 20.

letztere auch neue Servituten (gleichartige wie verschiedenartige) dritten Personen bestellen[10].

4. Der Servitutberechtigte muß sich bei Ausübung der Servitut nicht bloß innerhalb derjenigen Grenzen halten, welche der Servitut an sich gesetzt sind, sondern er muß die Servitut mit möglichster Schonung des Eigenthümers (civiliter, pfleglich) ausüben[11]. Andererseits kann er verlangen, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks ihm Alles gestatte, was zur zweckmäßigen Ausübung der Servitut erforderlich ist, namentlich die Anlegung und Instandhaltung von nothwendigen Einrichtungen[12].

2) § 164. Eintheilung.

Zachariä v. Lingenthal, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. 1844. — Vangerow, § 339.

Die Prädialservituten werden in den Quellen in serv. praediorum rusticorum und in serv. praediorum urbanorum eingetheilt. Die Bedeutung des Gegensatzes, an welchen sich praktische Folgen knüpfen (vgl. § 171 unter III. 2. § 187 unter 2), ist streitig. Nach der meist verbreiteten Meinung ist der Eintheilungsgrund die Thatsache, daß das herrschende Grundstück ein Gebäude resp. ein ländliches Grundstück ist. Nach einer zweiten Meinung ist der Umstand entscheidend, daß das dienende Grundstück ein Gebäude resp. ein ländliches Grundstück ist. Nach einer dritten Meinung sind serv. praed. rusticorum die Servituten zwischen zwei leeren Grundstücken, serv. praed. urbanorum Servituten zwischen Grundstücken, von denen beide oder nur eines (gleichviel welches) ein Gebäude ist. Nach einer vierten Meinung endlich ist die Qualität der Grundstücke gleichgiltig, und der fragliche Gegensatz vielmehr aus dem Inhalt der Servituten zu erklären: die serv. pr. rust. seien diejenigen, welche zu einem Thun berechtigen, die serv. pr. urb. diejenigen, welche zu einer Anstalt oder zu einem Verbieten berechtigen. — Von diesen vier Meinungen ist die vierte durch kein Quellenzeugniß zu beweisen; was aber die ersten drei betrifft, so ist zu behaupten, daß die fraglichen Bezeichnungen in den Quellen nicht immer in demselben Sinn gebraucht werden. In vielen Stellen[1] wird das herrschende Grundstück als maßgebend angesehen, in einer[2] das dienende; in vielen Stellen[3] werden die für die Gebäude bestimmten Servituten zu den serv. praed. urbanorum gezählt, in einer[4] zu den serv. praed. rusticorum. Diese Unsicherheit des Sprachgebrauchs stammt daher, daß Servituten, welche gewöhnlich nur zu Gunsten ländlicher Grundstücke vorkommen, auch im Interesse von Gebäuden bestellt werden können[5] und umgekehrt. Aber trotz der Unsicherheit des Sprach-

---

[10] l. 2. §§ 1. 2. l. 13. § 1. l. 14. D. de s. p. r. 8, 3; l. 15. D. comm. pr. 8, 4. — [11] l. 9. D. de serv. 8, 1; l. 20. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; l. 4. § 1. l. 5. § 1. D. de it. act. pr. 43, 19. — [12] l. 10. D. de serv. 8, 1; l. 20. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; l. 3. § 3. D. de s. p. r. 8, 3; l. 11. D. comm. pr. 8, 4; l. 3. § 16. l. 4. pr. D. de it. act. pr. 43, 19.

[1] §§ 1. 3. I. de serv. 2, 3; l. 1. D. de serv. 8, 1; l. 1. § 1. D. comm. pr. 8, 4. — [2] l. 11. § 1. D. de publ. 6, 2. — [3] pr. § 2. I. de serv. 2, 3; l. 2. D. de s. p. u. 8, 2. — [4] l. 2. pr. D. de s. p. r. 8, 3. — [5] l. 20. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; l. 1. § 11. D. de aq. quot. 43, 20; l. 7. § 1. l. 14. D. comm. pr. 8, 4.

gebrauchs läßt sich nicht verkennen, daß die fraglichen Ausdrücke regelmäßig in derjenigen Bedeutung genommen werden, welche die zuerst oben aufgeführte Meinung behauptet.

3) Die einzelnen Prädialservituten.

a. § 165. Die Rusticalservituten.

t. D. VIII, 3: de servitutibus praediorum rusticorum. — Puchta, civilistische Abhandlungen Nr. 3. 1823. — Elwers, das Recht des Wasserlaufs. 1841. — Vangerow, § 341.

1. Wegeservituten. Die Quellen des Römischen Rechts behandeln folgende Arten:

a. iter; es gewährt die Befugniß zu gehen, zu reiten und sich in einer Sänfte tragen zu lassen[1]; doch kann die eine oder andere Befugniß bei Bestellung der Servitut ausgeschlossen werden[2];

b. actus; er gewährt die Befugniß, über das dienende Grundstück Vieh zu treiben und zu fahren (agere iumentum vel vehiculum[3]), doch kann die Befugniß zu fahren ausgeschlossen werden[4]; außerdem gewährt der actus die Befugnisse des iter, wenn nicht etwas Anderes ausgemacht worden ist[5];

c. via. Im weiteren Sinne werden mit via alle Wegegerechtigkeiten bezeichnet; im engeren Sinne bezeichnet sie eine eingeräumte Fahrstraße; sie soll, wenn nichts besonderes ausgemacht worden ist, acht Fuß in gerader Linie, sechszehn Fuß in der Umbiegung breit sein[6]; der Servitutberechtigte kann sich ihrer außer zum Fahren auch zum ire agere bedienen[7]; er hat die Befugniß zum lapidem trahere und zum hastam rectam ferre[8] d. h. er kann mit schwer und hoch beladenen Wagen fahren, und es muß deshalb der Weg in der Höhe frei gehalten werden.

d. servitus navigandi; sie gewährt die Befugniß, einen fremden See zu durchschiffen, um zu einem Grundstück zu gelangen[9].

Von den obigen Vorschriften kann man heut nicht überall Anwendung machen (wie Viele behaupten), da sie zum großen Theil aus dem römischen Sprachgebrauch hervorgegangen sind; man muß vielmehr auf den heutigen Sprachgebrauch (Fußsteig-, Trift-, Fahrgerechtigkeit) und den ausgesprochenen oder stillschweigenden Willen des Constituenten zurückgehen.

2. Wasserservituten. Die Quellen des Römischen Rechts behandeln folgende Arten:

a. aquae ductus (Wasserleitungsgerechtigkeit); er gewährt entweder die Befugniß, das auf einem Grundstück befindliche Wasser in Röhren auf ein anderes Grundstück hinzuleiten, oder es über ein anderes Grundstück hinweg zu leiten[10]. Es kann die Ausübung dieser Servitut auf den Sommer beschränkt sein; dann heißt sie aqua aestiva, hiberna im

[1] pr. I. de serv. 2, 3; l. 1. l. 7. pr. l. 12. D. h. t. 8, 3. — [2] l. 4. § 1. D. de serv. 8, 1. — [3] pr. I. de serv. 2, 3; l. 1. pr. l. 7. pr. l. 12. D. h. t. 8, 3. — [4] l. 13. D. de serv. 8, 1. — [5] pr. I. de serv. 2, 3; l. 2. D. qu. s. a. 8, 6; l. 58. D. de v. o. 45, 1; l. 4. § 1. D. si s. v. 8, 5; l. 1. D. de ad. vel. tr. l. 34. 4. — [6] l. 8. l. 13. §§ 2. 3. l. 23. pr. D. h. t. 8, 3; l. 6. i. f. D. qu. s. a. 8, 6. — [7] pr. I. de serv. 2, 3; l. 1. pr. l. 7. D. h. t. 8, 3. — [8] l. 7. pr. D. h. t. 8, 3. — [9] l. 23. § 1. D. h. t. 8, 3. — [10] pr. I. de serv. 2, 3; l. 1. pr. l. 9. D. h. t. 8, 3; l. 4. D. de aq. quot. 43, 20.

Gegensatz zur aqua quotidiana[11]; auch nach Maßen, Tagen, Stunden (aqua diurna — nocturna) können Beschränkungen festgesetzt werden[12];

b. aquaehaustus (Wasserschöpfgerechtigkeit); er gewährt die Befugniß, auf einem fremden Grundstück Wasser zu schöpfen[13]; es können hier ähnliche Beschränkungen wie bei dem aquaeductus vorkommen[14];

c. pecoris ad aquam appulsus; er gewährt die Befugniß, Vieh auf einem fremden Grundstück aus dessen Wasser zu tränken[15];

d. servitus aquae educendae s. immittendae; sie gewährt die Befugniß, Wasser von einem Grundstück auf das Grundstück des Nachbars abzuleiten[16]; sie ist der Gegensatz des aquaeductus.

3. Weideservituten. In den Quellen wird die serv. pascendi s. pascui nur wenig behandelt[17].

Außerdem werden erwähnt: das ius silvae caeduae[18], cretae eximendae, lapidis eximendi, arenae fodiendae, calcis coquendae[19]; das Recht, die Früchte eines Grundstücks im Gebäude des Nachbars aufzubewahren[20]; das Recht, bei Benutzung eines Steinbruchs Gerölle oder die Steine selbst auf des Nachbars Grundstück zu werfen[21]; das mit der serv. pecoris ad aquam appulsus resp. pascendi verbundene Recht, eine Hütte auf dem Grundstück eines Anderen zu haben[22]; die Servitut, daß der Nachbar auf seinem Grundstück kein Wasser suchen darf, damit mein Wasser nicht darunter leide[23] (die letztere ist die einzige Rusticalservitut von negativem Inhalt).

b. § 166. Die Urbanalservituten.

t. D. VIII, 2: de servitutibus praediorum urbanorum. — Vangerow, § 342.

1. Rechte zu Ein- und Ueberbau. Die Quellen behandeln folgende Arten:

a. servitus tigni immittendi (Balkenrecht, Tramrecht) d. h. das Recht, die Balkenköpfe in die Wand des Nachbars einzulassen[1];

b. servitus oneris ferendi d. h. das Recht, ein Gebäude oder einen Theil desselben auf der Wand, dem Pfeiler, der Säule des Nachbarn ruhen zu lassen[2]; vgl. oben § 156 Note 22. 23.

c. servitus protegendi d. h. das Recht, ein Wetterdach (suggrunda) in den Luftraum des Nachbars hineinragen zu lassen[3];

---

[11] l. 1. §§ 2. 3. D. de aq. quot. 43, 20. — [12] l. 2. l. 5. pr. D. de aq. quot. 43, 20; l. 2. § 1. D. h. t. 8, 3. — [13] § 2. I. de serv. 8, 3; l. 1. § 1. l. 3. § 3. l. 9. D. h. t. 8, 3. — [14] l. 2. § 1. D. h. t. 8, 3. — [15] § 2. I. de serv. 2, 3; l. 1. § 1. l. 4. l. 6. § 1. D. h. t. 8, 3. — [16] l. 29. D. h. t. 8, 3; l. 8. § 5. D. si s. v. 8, 5. — [17] § 2. I. de serv. 2, 3; l. 1. § 1. l. 3. pr. l. 4. l. 6. § 1. D. h. t. 8, 3. — [18] l. 3. § 1. l. 6. § 1. D. h. t. 8, 3. — [19] § 2. I. de serv. 2, 3; l. 1. § 1. l. 5. § 1. l. 6. D. h. t. 8, 3. — [20] l. 3. § 1. D. h. t. 8, 3. — [21] l. 3. § 2. D. h. t. 8, 3. — [22] l. 6. i. f. D. h. t. 8, 3; cf. l. 180. D. de v. s. 50, 16. — [23] l. 15. pr. D. de serv. 8, 1; l. 1. § 28. D. de aq. quot. 43, 20.

[1] § 1. I. de serv. 2, 3; l. 2. l. 6. D. h. t. 8, 2; l. 18. § 2. D. qu. s. a. 8, 6; l. 8. §§ 1. 2. l. 14. pr. D. si s. v. 8, 5. — [2] § 1. I. de serv. 2, 3; l. 33. D. h. t. 8, 2; l. 6. § 2. D. si s. v. 8, 5. — [3] l. 2. D. h. t. 8, 2; l. 3. §§ 5. 6. D. uti poss. 43, 17; l. 22. § 4. D. quod vi 43, 24; l. 9. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2; Rubr. tit. D. 39, 2: de damn. inf. et de suggrundis et de protectionibus.

d. servitus proiiciendi d. h. das Recht, einen Erker, Balcon u. dgl. in den Luftraum des Nachbars hineinragen zu lassen[4].

2. Rechte auf Abfluß und Abzug. Die Quellen behandeln folgende Arten:

a. serv. stillicidii (recipiendi, immittendi, avertendi, Traufrecht) d. h. das Recht, das Regenwasser in seinem natürlichen Tropfenfall von seinem Dache auf das Grundstück des Nachbars fallen zu lassen. Eine Unterart ist die serv. fluminis; hier kann das Regenwasser in einer Rinne gesammelt auf das Nachbargrundstück abgeleitet werden[5];

b. serv. cloacae immittendae d. h. das Recht, das unreine Wasser aus einem Gebäude in einem Canal dem Nachbar zuzuführen oder durch sein Grundstück abzuleiten[6];

c. serv. fumi immittendi d. h. das Recht, den übermäßigen Rauch aus einem Gebäude nach des Nachbars Grundstück abzuleiten (vgl. § 126 N. 5); ähnlich ist die serv. cuniculi balnearii habendi, welche sich auf Dünste aus einem Badehause bezieht[7];

d. serv. latrinae s. sterculinii d. h. das Recht, unmittelbar an des Nachbars Wand eine Mistgrube u. dgl. zu haben[8].

3. Rechte bezüglich Licht und Aussicht. Die Quellen behandeln folgende Arten:

a. serv. altius non tollendi d. h. das Recht, den Nachbar an allem Bauen oder wenigstens an dem Bauen über eine gewisse Höhe hinaus zu hindern[9], um Licht und Aussicht ungestört zu behalten;

b. serv. ne luminibus officiatur d. h. das Recht, zu verlangen, daß der Nachbar in keiner Weise (weder durch Erhöhung noch durch Erniedrigung eines Gebäudes, auch nicht durch Anpflanzung von Bäumen oder Aufstellung transportabler Topfgewächse) das Einfallen des Lichtes ändere[10];

c. serv. ne prospectui officiatur s. prospiciendi d. h. das Recht, zu verlangen, daß der Nachbar die Aussicht in keiner Weise schmälere[11];

d. serv. luminis immittendi s. luminum, deren Inhalt bestritten ist, und welche wahrscheinlich das Recht gewährt in der Mauer des Nachbars Fenster anzulegen, welchen dieser das Licht nicht entziehen darf[12] (vgl. § 129 N. 3).

Die Quellen erwähnen noch eine serv. stillicidii und fluminis non recipiendi (non avertendi[13]), eine serv. altius tollendi[14], eine serv. officiendi luminibus vicini[15], ohne eine genauere Erklärung davon zu

[4] S. die Stellen in Note 3. — [5] § 1. I. de serv. 2, 3; l. 17. § 3. l. 20. §§ 3—6. D. h. t. 8, 2; l. 2. l. 28. D. eod. — [6] l. 7. D. de serv. 8, 1; l. 1. § 4. D. de cloac. 43, 23. — [7] l. 8. §§ 5—7. D. si s. v. 8, 5. — [8] l. 17. § 2. D. si s. v. 8, 5. — [9] l. 2. l. 4. l. 11. § 1. l. 12. l. 23. § 1. D. h. t. 8, 2; § 1. I. de serv. 2, 3. — [10] § 1. I. de serv. 2. 3; l. 4. ll. 15—17. pr. § 2. l. 22. l. 23. D. h. t. 8, 2. — [11] l. 3. l. 12. l. 15. D. h. t. 8, 2; l. 5. pr. D. de o. n. n. 39, 1. — [12] l. 4. l. 40. D. h. t. 8, 2; l. 8. C. de serv. 3, 34. — [13] l. 2. D. h. t. 8, 2; § 1. I. de serv. 2, 3; Theoph. ad h. l. — [14] l. 2. D. h. t. 8, 2. — [15] Gai. 2, 31. 4, 3; § 2. I. de act. 4, 6; l. 1. pr. l. 2. D. h. t. 8, 2; l. 2. D. de s. p. r. 8, 3; l. 26. D. de exc. r. j. 44, 2; l. 7. § 1. D. comm. pr. 8, 4.

geben. Es ist aber unzulässig, die erwähnten Befugnisse als Servituten aufzufassen, da sie vielmehr ein bloßer Ausfluß des Eigenthums an einem Grundstück sind; und es ist die Aufgabe, jene Ausdrücke in anderer Weise zu erklären. In dieser Beziehung sind verschiedene Meinungen aufgestellt worden, von welchen die am meisten verbreiteten angegeben werden sollen. Nach Einigen bezeichnen die fraglichen Ausdrücke den Zustand, welcher nach Aufhebung einer serv. stillicidii s. fluminis recipiendi, einer serv. altius non tollendi, einer serv. ne luminibus officiatur eintritt; diese Meinung wird schon in der Institutionenparaphrase des Theophilus[16] gelehrt, doch steht ihr der Umstand entgegen, daß die Wiederherstellung der ursprünglichen Freiheit des Eigenthums nicht füglich Bestellung einer Servitut genannt werden kann. Nach Anderen bestanden an einzelnen Orten des römischen Reichs localrechtliche Eigenthumsbeschränkungen über Höherbauen u. s. w., welche durch Bestellung von Servituten außer Anwendung gesetzt werden konnten; allein wenngleich die Existenz solcher Localrechte nicht geleugnet werden kann[17], so kann doch nicht zugegeben werden, daß es zulässig war, sie durch Privatverträge aufzuheben: ius publicum privatorum pactis mutari non potest (§ 12). Nach einer dritten Meinung hatte die Einräumung der serv. altius tollendi den Zweck, eine vorhandene serv. alt. non tollendi theilweis aufzuheben[18]; diese Erklärung mag anerkannt werden, allein sie läßt die Zweifel bezüglich der serv. stillicidii non recipiendi und der serv. off. lumin. bestehen. Die Praxis nimmt von dieser Streitfrage keine Notiz, und auch für die Theorie ist es gerathen, sie unentschieden zu lassen.

Dritter Titel.

Entstehung der Servituten.

1) § 167. Durch Privatdisposition.

Vangerow, § 350.

Zwei Punkte sind bei der Entstehung der Servituten durch Privatdisposition zu erörtern: die handelnden Personen und der Act der Privatdisposition selbst.

I. Die handelnden Personen. Zur Bestellung einer Servitut an einer Sache durch Privatdisposition ist deren Eigenthümer berechtigt[1]; steht die Sache im Miteigenthum, so sind es alle Miteigenthümer zusammen[2], nur der Ususfructus kann von jedem Miteigenthümer an seinem Theile bestellt werden[3] (§ 156 unter 1). Der Emphyteuta und Superficiar können für die Dauer der Emphyteuse resp. der Superficies eine Servitut bestellen[4]. Wenn der redliche Besitzer Jemandem eine Servitut bestellt, so wird dieser gegen jeden geschützt, gegen welchen der Besteller selbst mit act. publiciana durchdringt (§ 155). — Zum Er-

---

[16] zu § 1. I. de serv. 2, 3. — [17] Sueton. Oct. 89. Tacit. annal. 15, 43. Aurel. Vict. epit. 14, 13. — [18] cf. l. 26. pr. D. de exc. r. jud. 44, 2.

[1] § 3. I. de serv. 2, 3; l. 8. D. comm. pr. 8, 4. — [2] l. 2. D. de serv. 8, 1; l. 11. l. 34. pr. D. de s. p. r. 8, 3; l. 18. D. comm. pr. 8, 4. — [3] l. 5. D. de usufr. 7, 1. — [4] l. 1. pr. D. qu. m. usufr. 7, 4; l. 1. § 9. D. de sup. 43, 18.

werb einer Personalservitut ist jede Person befugt, sowohl die natürliche als die juristische, mit Ausnahme der hereditas iacens [5] (§ 389 bei Note 8); zum Erwerb einer Prädialservitut ist der Eigenthümer des Grundstücks [6] befugt, und wohl auch der Emphyteuta und Superficiar (wofür aber Quellenzeugnisse fehlen), nach Einigen selbst der redliche Besitzer; steht das herrschensollende Grundstück im Miteigenthum, so ist ein Zusammenhandeln aller Miteigenthümer erforderlich [7] (§ 156 unter 1).

II. Act der Privatdisposition. Derselbe kann ein doppelter sein:

1. ein Vermächtniß in einer letztwilligen Verfügung (Testament oder Codicill oder Oralfideicommiß, § 439) [8];

2. ein formloser dinglicher Vertrag d. h. die Willenserklärung des zur Bestellung Berechtigten, daß er die Servitut einräume und die Willenserklärung des erwerben Wollenden, daß er die Einräumung annehme [9]. Dieser dingliche Vertrag hat natürlich einen concreten Zweck (iusta causa), von welchem dieselben Grundsätze gelten wie von der iusta causa traditionis (§ 131 N. 14—17). Der dingliche Vertrag kann ein selbständiger oder mit einem anderen Rechtsgeschäft verbunden sein; letzterer Art ist der Vorbehalt der Servitut d. h. es kann der Eigenthümer einer Sache, wenn er dieselbe veräußert, sich eine Servitut an derselben vorbehalten (deducere, detrahere, excipere, recipere servitutem) [10]. — Bis in die neueste Zeit war es übrigens gemeine Meinung, daß der formlose dingliche Vertrag (außer bei negativen Servituten und bei dem Vorbehalt einer Servitut) zur Bestellung einer Servitut nicht genüge, und daß vielmehr dazu noch eine sog. quasitraditio servitutis hinzukommen müsse, d. h. die Ertheilung der Erlaubniß zur Ausübung der Servitut Seitens des Bestellers und die wirkliche Ausübung der Servitut Seitens des Erwerbers; und noch heute wird diese Meinung von einigen Juristen festgehalten. Allein ihre Unrichtigkeit erhellt aus folgender geschichtlichen Betrachtung. Nach altem Civilrecht konnten Servituten (abgesehen von dem legatum per vindicationem und der adiudicatio) nur vermittels mancipatio (bei serv. praediorum rusticorum, welche zu den res mancipi gehörten) und durch in iure cessio (bei allen Servituten) bestellt werden [11]. Diese Formen waren bei Provinzialgrundstücken, bei welchen die civilrechtlichen Erwerbsarten ausgeschlossen waren, unanwendbar, und man half sich hier auf doppelte Weise:

a. durch pactiones et stipulationes [12]. Die pactio ist nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen eine formlose Bestellung der Servitut [13]; die stipulatio ist eine Bestärkung der pactio, nämlich ein formelles obliga-

---

[5] l. 26. D. de stip. serv. 45, 3; l. 61. § 1. D. de a. r. d. 41, 1. — [6] l. 6. pr. l. 8. D. comm. pr. 8, 4; l. 6. § 5. D. de a. e. v. 19, 1. — [7] l. 18. D. comm. pr. 8, 4. — [8] § 4. I. de serv. 2, 3; § 1. I. de usufr. 2, 4; l. 3. pr. D. de usufr. 7, 1. — [9] Vgl. die Stellen der vorhergehenden Note und l. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1; l. 3. C. de serv. 3, 34. — [10] l. 32. l. 36. § 1. l. 54. D. de usufr. 7, 1; l. 34. D. de s. p. u. 8, 2; l. 30. l. 33. pr. D. de s. p. r. 8, 3; l. 3. ll. 5—8. l. 10. D. comm. pr. 8, 4. — [11] Gai. 2, 28—30. — [12] Gai. 2, 31; l. 2. §§ 5. 6. l. 38. §§ 10—12. l. 49. § 2. l. 50. l. 85. § 3. l. 131. D. de v. o. 45, 1. — [13] Gai. 2, 31; § 4. I. de serv. 2, 3; § 1. I. de usufr. 2, 4; l. 3. pr. l. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1; cf. l. 3. C. de serv. 3, 34.

torisches Versprechen des Servitutbestellers, worin er (gewöhnlich unter Hinzufügung einer Strafsumme) die eingeräumte Servitut zu gewähren sich verpflichtet[14];

b. durch traditio servitutis s. patientia[15]. Dieselbe kam erst in der zweiten Hälfte des zweiten Jahrhunderts n. Chr. auf, indem bis dahin der Grundsatz galt, daß die Servituten als unkörperliche Sachen nicht übergeben werden könnten[16] (vgl. § 173).

Beide Auskunftsmittel wurden allmählich durch das prätorische Recht anerkannt (welches zum Schutze solcher Servituten die act. confessoria publiciana einführte[17]) und selbst bei italischen Grundstücken sowie bei Mobilien angewendet, so daß sich der Gegensatz von serv. iure (civili) constitutae und serv. quae tuitione praetoris consistunt bildete. In die Justinianische Compilation sind die mancipatio und in iure cessio, welche inzwischen unpraktisch geworden waren, nicht aufgenommen; als Bestellungsarten der Servituten unter Lebenden werden dort vielmehr ausschließlich einerseits die pactiones et stipulationes[18] andererseits die traditio s. patientia[19] genannt. Was das heutige Recht betrifft, so ist

a. bezüglich der pactio et stipulatio zu bemerken, daß die Stipulation in unser Rechtsleben nicht übergegangen ist (§ 210 unser B. 1); auch war sie schon bei den Römern nicht der die Servitut begründende sondern der sie bestärkende Rechtsact; daher genügt heut die pactio, der formlose Vertrag.

b. Die traditio s. patientia ist nichts anderes als ein formloser dinglicher Vertrag, nur ist er bereits factisch verwirklicht; da aber nach a. heut der formlose Vertrag schon an sich genügt, so ist die Verwirklichung desselben (die sog. quasitraditio servitutis) überflüssig. Einige halten sie wenigstens für nützlich, indem Derjenige, welchem eine Servitut quasitradirt sei, sich der act. confessoria publiciana (§ 172 a. E.) bedienen könne; mit Unrecht: denn wo zum Erwerb eines Rechts die Besitzergreifung nicht gehört, setzt auch die act. publiciana keine solche voraus (§ 155 Text zu Note 7).

2) § 168. Durch richterliche Anordnung.

Vangerow, § 352.

1. In den Theilungsprocessen (iud. familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum) kann der Richter im Theilungsurtheil zum Zweck der Auseinandersetzung Servituten an den Sachen, welche Gegenstand der Auseinandersetzung sind[1], anordnen[2]; die Servituten entstehen sofort mit der Rechtskraft des Theilungsurtheils. So kann der Richter dem Einen die Proprietät, dem Anderen den Usufructus der bis-

---

[14] Vgl. die Stellen der Note 12. — [15] l. 1. § 2. D. de s. p. r. 8, 3. — [16] l. 20. D. de serv. 8, 1; l. 3. § 2. D. de a. e. v. 19, 1. — [17] l. 11. § 1. D. de publ. 6, 2; l. 1. § 2. D. de o. p. r. 8, 3. — [18] § 4. I. de serv. 2, 3; § 1. I. de usufr. 2, 4; l. 3. pr. l. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1. — [19] l. 11. § 1. D. de publ. 6. 2; l. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1; l. 1. pr. D. qu. m. usufr. 7, 4; l. 3. D. si usufr. 7, 6; l. 20. D. de serv. 8, 1; l. 1. § 2. D. de s. p. r. 8, 3. —

[1] l. 18. D. comm. div. 10, 3. — [2] l. 6. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 22. § 3. D. fam. erc. 10, 2.

her gemeinschaftlichen Sache zuweisen[3]; so kann er, wenn er ein Grundstück reell theilt, dem einen Zweiggrundstück eine Prädialservitut am anderen zusprechen[4].

2. Auch zum Zweck der Execution eines Urtheils, in welchem der Verklagte zur Bestellung einer Servitut z. B. eines Nothweges verurtheilt worden ist, kann der Richter die Servitut bestellen.

3) § 169. Durch Ersitzung.

Th. Muther, die Ersitzung der Servituten. 1852. — Vangerow, § 351.

Nach classischem und Justinianischem Rechte gibt es zwar keine usucapio servitutum (diese soll nach einem Quellenzeugniß im alten Civilrecht existirt haben, jedoch später durch eine lex Scribonia ungewissen Alters aufgehoben worden sein[1]), aber eine Entstehung der Servituten durch langjährige Ausübung (diuturnus usus, longa quasi possessio, longae possessionis praerogativa, longa consuetudo, longi temporis consuetudo[2]). Dieselbe ist nicht ein dem Erwerb des Eigenthums durch longi temporis praescriptio (§ 140 unter 2) nachgebildetes Institut; weder wird sie so genannt noch unterliegt sie ihren Regeln. Es sind dabei vielmehr folgende Grundsätze maßgebend:

Wer eine Servitut zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes (§ 142) nec vi nec clam nec precario ausübt, ersitzt dieselbe[3]. Es wird nach Römischem Recht weder ein Titel noch Redlichkeit des Ausübenden verlangt[4] (was Einige ohne allen Grund leugnen); nach heutigem Recht ist (was aber Einige bestreiten) wegen der bereits in § 89 erwähnten Vorschrift des Canonischen Rechts[5] die Redlichkeit des Ausübenden erforderlich. Einige Juristen erklären die Ersitzung auf unständige, negative, persönliche Servituten für unanwendbar, was gegen die Quellen ist[6]. Bestritten ist, ob die Ersitzungsunfähigkeit der Sache die Unzulässigkeit der Ersitzung einer Servitut in der regelmäßigen Frist von zehn resp. zwanzig Jahren zur Folge hat, und ob in einem solchen Falle eine außerordentliche Ersitzung von dreißig resp. vierzig Jahren anzunehmen sei; beides wird von der herrschenden Ansicht mit Recht bejaht, denn die Analogie zum Eigenthum ist eine zwingende; Quellenzeugnisse fehlen.

4) § 170. Durch Gesetz.

Vangerow, § 352.

Eine einzige Servitut entsteht unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift: der Nießbrauch (sog. usufructus legalis). Folgende Fälle gehören hieher:

---

[3] l. 6. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 6. § 10. D. comm. div. 10, 3. — [4] l. 7. § 1. D. comm. div. 10, 3.

[1] l. 4. § 29. D. de usucp. 41, 3; cf. l. 10. § 1. D. eod. — [2] l. 10. pr. D. si s. v. 8, 5; l. 1. § 23. D. de aq. et aq. pl. 39, 3; l. 5. § 3. D. de it. 43, 19; l. 28. D. de s. p. u. 8, 2; l. 25. D. qu. s. a. 8, 6; l. 1. l. 2. C. de serv. 3, 34; l. 12. i. f. C. de l. t. pr. 7, 33. — [3] l. 10. pr. D. si s. v. 8, 5; l. 1. § 23. D. de aq. et aq. pl. 39, 3; l. 1. l. 2. C. de serv. 3, 34; l. 12. i. f. C. de l. t. pr. 3, 33. — [4] l. 10. pr. D. si s. v. 8, 5. — [5] c. 20. X. de praescr. 2, 26. — [3] l. 1. § 23. D. de aq. et aq. pl. 39, 3; l. 12. i. f. C. de l. t. pr. 7, 33.

1. Der Vater hat an den bona adventicia regularia des Hauskindes den Usufructus; er behält ihn ganz, wenn das Hauskind mit Hinterlassung von descendentischen Erben stirbt (§ 357 Note 16); er behält ihn (nach Römischem, nicht aber nach heutigem Recht) zur Hälfte, wenn er das Hauskind freiwillig emancipirt (praemium emancipationis, § 357 Note 17. § 360 unter 3).

2. Der Vater erwirbt, wenn die Mutter stirbt und von emancipirten Kindern beerbt wird, den Nießbrauch an einer Virilportion des mütterlichen Nachlasses [1].

3. Die Scheidungsstrafe fällt, wenn Kinder vorhanden sind, ihrer Proprietät nach an diese, dem Nießbrauch nach an den unschuldigen Gatten (§ 349).

4. Der parens binubus verliert die Proprietät an den lucra nuptialia an die Kinder erster Ehe, behält aber selbst den Nießbrauch (§ 350).

Vierter Titel.

§ 171. Aufhebung der Servituten.

t. D. VII, 4: quibus modis ususfructus vel usus amittitur; VIII, 6: quemadmodum servitutes amittuntur. — Wirth, die libertatis usucapio. 1854. — Vangerow, §§ 356. 357.

I. Wie alle dinglichen Rechte gehen auch die Servituten durch den Untergang der dienenden Sache unter [1], die persönlichen Servituten schon durch wesentliche Veränderung derselben z. B. wenn das Gebäude abbrennt oder zusammenstürzt [2]. Ferner dadurch, daß die dienende Sache extra commercium gesetzt wird, nach Römischem Recht auch dadurch, daß sie vom Feinde occupirt wird. Ferner dadurch, daß sie vom Fiscus, vom Regenten oder seiner Gemahlin servitutfrei veräußert wird [3] (vgl. § 131 N. 3). Ferner dadurch, daß die Frist resp. Resolutivbedingung, unter welcher die Servitut begründet wurde, eingetreten ist; hiebei verdient bemerkt zu werden, daß nach Civilrecht Fristen und Bedingungen bei Personalservituten stets, bei Prädialservituten nur in letztwilligen Verfügungen, nach prätorischem Recht auch bei Geschäften unter Lebenden zulässig waren [4]. Ferner nach der Regel: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum (§ 128 Note 5). Ferner Servituten an wilden Thieren dadurch, daß letztere die natürliche Freiheit wieder erlangen, an zahmgemachten dadurch, daß dieselben die Gewohnheit zurückzukehren verlieren.

II. Wie alle dinglichen Rechte an fremder Sache gehen die Servituten unter

1. durch Confusion (beim Erlöschen des Usufructus auch Consolidation genannt) d. h. dadurch, daß das Servitutrecht und das

---

[1] l. 3. C. de bon. mat. 6, 60.

[1] pr. I. de usufr. 2, 4; l. 2. D. eod. 7, 1. — [2] l. 5. §§ 2. 3. l. 10. § 5. l. 12. l. 23. l. 31. D. qu. m. usufr. 7, 4; l. 36. pr. D. de usufr. 7, 1; l. 20. § 2. D. de s. p. u. 8, 2. — [3] l. 2. l. 3. C. de quadr. pr. 7, 37; § 14. I. de usuc. 2, 6. — [4] l. 15. D. qu. m. u. 7, 4; l. 12. C. de usufr. 3, 33; l. 4. pr. D. de serv. 8, 1; l. 3. D. de serv. leg. 33, 3; Vat. fr. §§ 48—50. 52.

Eigenthum der dienenden Sache sich in derselben Person vereinigen[5]. Die Servitut lebt nicht wieder auf, wenn später eine Trennung eintritt[6], wohl aber wenn die Vereinigung wieder rückgängig wird[7]. Erwirbt der Servitutberechtigte nur einen intellectuellen Theil der dienenden Sache, so geht der Ususfructus an diesem Theile unter[8], die übrigen Servituten bleiben wegen ihrer Untheilbarkeit völlig bestehen[9].

2. Durch Verzicht Seitens des Servitutberechtigten. Der Verzicht kann als Vermächtniß in einer letztwilligen Verfügung (§ 439) ausgesprochen werden[10] oder in einem Vertrage zwischen dem Servitutberechtigten und dem Eigenthümer der dienenden Sache (bei untheilbaren Servituten: mit sämmtlichen Miteigenthümern der dienenden Sache). Der Vertrag braucht schon nach classischem Recht nicht mehr ein formeller (remancipatio, recessio in iure) zu sein[11]; vielmehr genügt jede Willenserklärung[12], also auch eine concludente Handlung z. B. der Usufructuar willigt ohne Vorbehalt in die Veräußerung der dienenden Sache[13], der Servitutberechtigte gestattet eine Aenderung, welche die fernere Ausübung seines Rechts unmöglich macht[14]. Streitig ist, ob durch einen einseitig erklärten Verzicht des Servitutberechtigten (mit anderen Worten: ob durch Dereliction) die Servitut aufgehoben werde; die Quellen erklären mehrfach die Dereliction des Ususfructus durch den Usufructuar für möglich[15], und es ist kein Grund vorhanden, sie bei den übrigen Servituten nicht zuzulassen; vorausgesetzt wird jedoch eine die Dereliction gehörig manifestirende Handlung.

III. Folgende Erlöschungsgründe sind den Servituten eigenthümlich:

1. Untergang des herrschenden Subjects. Personalservituten gehen mit dem Tode der berechtigten Person unter[16] (nach Justinianischem, nicht nach heutigem Recht auch durch capitis deminutio maior, nach vorjustinianischem Recht durch jede Capitisdeminution[17]); stehen sie juristischen Personen zu, so gehen sie mit deren Aufhebung[18], aber auch nach Ablauf von hundert Jahren unter[19]. Prädialservituten gehen unter, wenn das herrschende Grundstück untergeht[20], sowie wenn es extra commercium gesetzt wird.

2. Die Verjährung. Dieselbe tritt in zwei Gestaltungen auf: als nonusus und als usucapio libertatis.

a. Nonusus. Personal- und Rusticalservituten gehen durch ununterbrochenen Nichtgebrauch unter[21] und zwar nach vorjustinianischem

---

[5] § 3. I. de usufr. 2, 4; l. 17. D. qu. m. us. 7, 4; l. 1. D. qu. s. a. 8, 6. — [6] l. 30. pr. D. de s. p. u. 8, 2. — [7] l. 57. pr. D. de usufr. 7, 1. — [8] l. 14. D. qu. m. u. a. 7, 4. — [9] l. 8. § 1. D. de serv. 8, 1; l. 30. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; l. 27. D. de s. p. r. 8, 3. — [10] l. 86. § 4. D. de leg. 1. (30). — [11] Gai. 2, 30; Pauli sent. rec. 3, 6. §§ 28. 32. — [12] § 3. I. de usufr. 2, 4; l. 14. § 1. D. de serv. 8, 1; l. 34. pr. D. de s. p. r. 8, 3. — [13] l. 4. § 12. D. de d. m. e. 44, 4. — [14] l. 8. pr. D. qu. s. a. 8, 6. — [15] l. 64. l. 65. pr. D. de usufr. 7, 1. — [16] § 3. I. de usufr. 2, 4; l. 3. § 3. D. qu. m. u. 7, 4. — [17] § 3. I. de usufr. 2, 4; l. 16. § 2. C. eod. 3, 33. — [18] l. 21. D. qu. m. u. 7, 4. — [19] l. 56. D. de usufr. 7, 1; l. 8. D. de us. et usufr. 33, 2. — [20] l. 20. § 2. D. de s. p. u. 8, 2. — [21] § 3. I. de usufr. 2, 4; l. 25. D. qu. m. u. 7, 4; l. 6. D. de s. p. u. 8, 2.

Recht[22] in einer Frist von einem Jahre bei Mobilien, von zwei Jahren bei Immobilien, nach Justinianischen Verordnungen in einer Frist von zehn Jahren inter praesentes, von zwanzig Jahren inter absentes[23]; ist die Ausübung der Servitut auf eine bestimmte Jahreszeit oder auf Monat um Monat, oder auf Jahr um Jahr beschränkt, so wird nach vorjustinianischem Recht die Frist verdoppelt[24], nach Justinianischer Verordnung[25] stets die Frist von zwanzig Jahren angewendet. Accessio temporis findet statt[26]. Redlichkeit ist weder nach Römischem Recht erforderlich, noch auch kann die Vorschrift des Canonischen Rechts[27] (§ 89) hieher bezogen werden, da der Eigenthümer der dienenden Sache nichts zu thun hat. Der Untergang der Servitut findet selbst dann statt, wenn der Nichtgebrauch darin seinen Grund hatte, daß der Servitutberechtigte von seinem Recht keine Kenntniß hatte[28], oder darin, daß die physische Beschaffenheit der Sache die Ausübung unmöglich machte[29], oder darin, daß der Eigenthümer der dienenden Sache die Ausübung gewaltsam verhinderte[30]; nur wird hiegegen meist in integrum restitutio gewährt (§§ 106. 109 N. 14). Nichtgebrauch ist nicht vorhanden, wenn die Servitut nicht völlig ausgeübt wird; wer daher nur einige Befugnisse ausübt, behält die Servitut im Ganzen[31]; der Usufructuar jedoch, welcher die Sache bloß als Usuar gebraucht, verliert den Ueberschuß des Ususfructus über den Usus[32]. Nichtgebrauch ist bei untheilbaren Servituten dann nicht vorhanden, wenn der Servitutberechtigte die Servitut nur an einem Theil der dienenden Sache ausübt[33]; der Usufructuar jedoch verliert sie in diesem Fall an den übrigen Theilen[34]. Nichtgebrauch ist bei Prädialservituten dann nicht vorhanden, wenn irgend Jemand im Namen des herrschenden Grundstücks, wenngleich nicht im Namen seines Eigenthümers die Servitut ausübt, daher wird die Servitut selbst dann erhalten, wenn ein redlicher oder unredlicher Besitzer des herrschenden Grundstücks sie ausübt[35]; bei Personalservituten hingegen hat die Ausübung Seitens eines Nichtberechtigten nur dann diese Wirkung, wenn er es im Namen des Servitutberechtigten thut[36]. — Ausgenommen von dem Untergang durch Nonusus ist nach Römischen Recht das iter ad sepulcrum[37], nach heutigem Recht jeder Nothweg, da er doch wieder neu bestellt werden müßte (§ 126 unter II. 2); ausgenommen ferner sind die Fälle, in denen die Servitut einem gesetzlichen Veräußerungsverbot unterliegt[38], z. B. wenn sie zu den Adventicien eines Haussohns gehört.

b. Usucapio libertatis. Die Urbanalservituten gehen nicht schon durch Nichtgebrauch Seitens des Servitutberechtigten unter sondern erst durch usucapio libertatis d. h. dadurch, daß das dienende

---

[22] Pauli sent. rec. 1, 17. §§ 1. 2; 3, 6. § 30; l. 13. C. de serv. 3, 34. — [23] l. 16. § 1. C. de usufr. 3, 33; l. 13. C. de serv. 3, 34. — [24] l. 7. D. qu. s. a. 8, 6. — [25] l. 14. pr. C. de serv. 3, 34. — [26] l. 18. § 1. D. qu. s. a. 8, 6. — [27] c. 20. X. de praescr. 2, 26. — [28] l. 19. § 1. D. qu. s. a. 8, 6. — [29] l. 34. § 1. l. 35. D. de s. p. r. 8, 3; l. 14. pr. D. qu. s. a. 8, 6. — [30] l. 4. § 27. D. de usurp. 41, 3. — [31] l. 2. D. qu. s. a. 8, 6. — [32] l. 20. D. qu. m. u. 7, 4. — [33] l. 8. § 1. l. 9. D. qu. s. a. 8, 6. — [34] l. 14. l. 25. D. qu. m. u. 7, 4. — [35] l. 5. l. 6. pr. l. 16. ll. 20—24. D. qu. s. a. 8, 6. — [36] l. 12. § 2. l. 38. D. de usufr. 7, 1; l. 29. § 1. D. qu. m. u. 7, 4. — [37] l. 4. D. qu. s. a. 8, 6. — [38] l. 28. pr. D. de v. s. 50, 16.

Grundstück die Verjährungsfrist hindurch in einem solchen Zustand besessen worden ist, daß die Servitut nicht ausgeübt werden konnte[39]; daher muß z. B. bei der serv. tigni der Balken nicht bloß herausgenommen sondern zugleich die Oeffnung, in welcher er lag, zugemauert sein; bei der serv. ne luminibus officiatur und altius non tollendi muß nicht bloß der Servitutberechtigte die Fenster vermauert sondern zugleich der Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine Mauer aufgeführt haben[40]. Der servitutfreie Zustand des dienenden Grundstücks darf nicht vi, clam, precario hervorgerufen sein[41]; auch wird die Vorschrift des Canonischen Rechts über bona fides (oben Note 27) hier anzuwenden sein. Im Uebrigen gelten die Regeln unter a.

Ueber den Grund des bisher dargestellten Unterschiedes zwischen den Personal- und Rusticalservituten einerseits und den Urbanalservituten andererseits gehen die Meinungen sehr auseinander. Einige Juristen meinen, daß Justinian[42] den Unterschied ganz aufgehoben habe, allein nach der richtigen herrschenden Meinung hat Justinian bloß die Verjährungsfristen geändert; Andere verlangen die usucapio libertatis bloß bei solchen Servituten, welche ein Recht auf einen dauernden Zustand der herrschenden oder dienenden Sache gewähren, — wofür die Quellen keinen Anhalt geben.

Fünfter Titel.

§ 172. Schutz der Servituten (Confessoria in rem actio).

t. D. VII, 6: si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur; VIII, 5: si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. — Vangerow, §§ 353. 354.

Der Servitutberechtigte wird gegen jede Verletzung geschützt, gleichviel in welcher Weise diese geschieht, gleichviel ob sie vom Eigenthümer der dienenden Sache oder von einem Dritten ausgeht. Seine Klage heißt confessoria in rem actio[1]; sie ist eine vindicatio servitutis. Die genaueren Grundsätze sind folgende:

I. Voraussetzungen der Klage. Kläger ist der Servitutberechtigte[2], mag er im Quasibesitze der Servitut sein oder nicht[3]; bei Prädialservituten ist es der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks[4]; steht dieses im Miteigenthum, so ist jeder Miteigenthümer selbständig zur Klaganstellung berechtigt[5]. Auch der Emphyteuta, Superficiar und Pfandgläubiger sind bei Prädialservituten zur Anstellung der Klage (in Form einer confessoria utilis) befugt[6]. Der Usufructuar eines Grundstücks,

---

[39] l. 6. D. de s. p. u. 8, 2; l. 32. pr. eod. l. 17. D. comm. pr. 8, 4; l. 18. § 2. D. qu. s. a. 8, 6; l. 4. § 29. D. de usurp. 41, 3. — [40] l. 6. D. de s. p. u. 8, 2. — [41] l. 32. pr. D. de s. p. u. 8, 2; l. 17. D. comm. pr. 8, 4. — [42] l. 13. C. de serv. 3, 34.

[1] l. 2. pr. D. si s. v. 8, 5. — [2] l. 5. pr. D. si us. p. 7, 6. — [3] l. 5. § 6. D. si u. p. 7, 6; l. 6. § 1. D. si s. v. 8, 5. — [4] l. 2. § 1. D. si s. v. 8, 5. — [5] l. 4. § 3. D. si s. v. 8, 5. — [6] l. 16. D. de serv. 8, 1; l. 3. § 3. l. 9. D. de o. n. n. 39, 1; l. 1. § 9. D. de sup. 43, 18; l. 1. § 5. D. de rem. 43, 25.

welchen Jemand bei der Ausübung der dem Grundstücke zustehenden Servituten hindert, kann insofern klagen, als er dadurch in der Ausübung seines Ususfructus gehindert wird[7]. — Verklagter ist jeder Dritte, welcher den Kläger an der Ausübung der Servitut hindert, in deren Ausübung stört, ja selbst wer die Servitut mit Worten bestreitet[8]; auch derjenige qui liti se obtulit (§ 150) haftet[9].

II. Beweis. Zweierlei hat Kläger zu beweisen:

1. daß er der Servitutberechtigte sei[10], also daß er allen Erfordernissen der Erwerbung der Servitut genügt habe; dazu gehört bei Prädialservituten der Nachweis, daß Kläger Eigenthümer (Emphyteuta, Superficiar, Pfandgläubiger, Nießbraucher) des herrschenden Grundstücks sei[11];

2. daß der Verklagte ihn in seinem Recht verletzt habe resp. daß er als einer qui liti se obtulit zu behandeln sei.

III. Verpflichtungen des Verklagten. Dieselben hängen davon ab, ob der Verklagte sich ein Recht zu seinem Handeln zuschreibt oder nicht, ob sein Angriff ein thätlicher ist oder nicht. Ist beides der Fall, so geht die Klage auf Anerkennung der Servitut, auf Beseitigung des widerrechtlichen Zustandes, auf Ersatz des Schadens, welchen der Verklagte verschuldet[12], und auf cautio de non amplius turbando[13], an deren Stelle heut[14] eine richterliche Strafandrohung tritt; ist die Servitut während des Processes durch Nichtausübung erloschen, so geht die Klage auf Wiederherstellung der Servitut[15]. Hieraus ergeben sich zugleich die Verpflichtungen des Verklagten, wenn die Verletzung der Servitut anders geartet gewesen ist.

Nach der gemeinen Meinung kann die act. confessoria in folgenden Fällen publicianisch (§ 155 a. E.) angestellt werden:

a. bei allen Servituten von Demjenigen, welchem der redliche Besitzer einer Sache (resp. ein zur Anstellung der act. publiciana Berechtigter) die Servitut an derselben redlich bestellt hat;

b. bei Prädialservituten von Demjenigen, der das herrschende Grundstück nicht im Eigenthum hat, aber es redlich besitzt, sowie von Demjenigen, welcher zwar nicht den Beweis seines Eigenthums, wohl aber den seines redlichen Besitzes am herrschenden Grundstück erbringen kann.

Dieſe gemeine Meinung ist zwar nicht durch Quellenzeugnisse zu erweisen[16], rechtfertigt sich aber nach den Grundsätzen über Analogie (§ 7).

---

[7] l. 1. pr. l. 5. § 1. D. si us. pet. 7, 6; l. 1. § 20. D. de o. n. n. 39, 1; eine andere Auffassung hatte Julian, vgl. l. 2. D. de o. n. n. 39, 1; l. 1. § 4. D. de rem. 43, 25. — [8] l. 5. § 1. D. si u. p. 7, 6; l. 10. § 1. D. si s. v. 8, 5. — [9] l. 6. D. si us. pet. 7, 6. — [10] l. 10. pr. D. si s. v. 8, 5; l. 9. C. de serv. 3, 34. [11] l. 16. D. ne exc. 44, 1. — [12] l. 4. §§ 2. 5. l. 6. § 6. l. 8. §§ 2. 4. D. si s. v. 8, 5; l. 5. C. de serv. 3, 34. — [13] l. 5. § 6. D. si u. p. 7, 6; l. 7. D. si s. v. 8, 5. — [14] JRA. § 162. — [15] l. 8. § 4. D. si s. v. 8, 5. — [16] S. jedoch l. 11. § 1. D. de publ. 6, 2 und oben § 6 Text zu Note 18.

Sechster Titel.

Der Servitutenbesitz (Iuris quasi possessio).

Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848. — Randa, der Besitz nach Oesterr. R., mit Berücksichtigung des Gemeinen Rechts, des preuß., franz. und sächs. Gesetzbuchs. §§ 24—36. 1865.

1) § 173. Begriff und geschichtliche Entwickelung.

Die Ausdrücke: Servitutenbesitz, Rechtsbesitz, iuris quasi possessio sind unpassend; denn nicht die Servitut, nicht das Recht wird besessen; richtiger spräche man von der thatsächlichen Beherrschung einer körperlichen Sache in einzelnen Beziehungen, von dem thatsächlichen Bestehen eines Zustandes, welcher, wenn er rechtlich anerkannt wäre, eine Servitut, ein Recht bilden würde.

Der Servitutenbesitz gehört zu denjenigen Materien, deren Entwicklung im Römischen Recht zwar begonnen, nicht aber abgeschlossen worden ist. Das Römische Recht geht von der Annahme aus, daß Sachen nur total, nicht aber in einzelnen Beziehungen thatsächlich beherrscht werden können; daher leugnet es grundsätzlich den Servitutenbesitz[1] (§ 115 N. 13). Allein das Bedürfniß des Verkehrs führte zu einer entgegengesetzten Rechtsbildung. Einmal verlangte derselbe Grund, auf welchem der Schutz des Sachbesitzes ruht, daß ein Zustand, welcher in der thatsächlichen Beherrschung einer Sache in einzelnen Beziehungen besteht, gegen eigenmächtige Angriffe ebenso geschützt werde wie die totale thatsächliche Beherrschung einer Sache. Sodann bewirkte die Schwerfälligkeit, die Unanwendbarkeit, der Mangel von civilen Erwerbungsformen, daß sehr häufig die Befugnisse, welche eine Servitut gewährt, thatsächlich eingeräumt resp. ausgeübt wurden (traditio s. patientia, diuturnus usus servitutis, §§ 167. 169). Das prätorische Edict suchte schon früh den Anforderungen der Billigkeit gerecht zu werden; es führte vielfach (keineswegs überall, § 175) Rechtsmittel ein, um die thatsächliche Beherrschung einer Sache in einzelnen Beziehungen gegen eigenmächtige Angriffe zu schützen. In Folge hievon entstand im zweiten Jahrhundert n. Chr. in der römischen Jurisprudenz der Begriff des Rechtsbesitzes (welcher theils possessio iuris[2], ius possidere[3], theils iuris quasi possessio[4] genannt wurde, im Gegensatz zur corporis possessio[5], dem Sachbesitz). Die damaligen Juristen entwickelten ferner einige Begriffe, namentlich über den Erwerb des Servitutenbesitzes, und schufen auf diese Weise neue Erwerbsarten der Servituten (traditio s. patientia und longa possessio); keineswegs aber haben sie eine in sich abgeschlossene erschöpfende Theorie des Rechtsbesitzes aufgestellt; diese Aufgabe ist vielmehr erst von der Jurisprudenz des Mittelalters und der neueren Zeit gelöst worden. — Das Mittelalter ist hiebei nicht stehen geblieben; theils die Gesetzgebung der Kirche und des Reiches theils das Gewohnheitsrecht dehnte den possessorischen Schutz zunächst

---

[1] l. 1. § 8. D. quod leg. 43, 3; l. 4. § 27. D. de usurp. 41, 3; l. 32. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; vgl. l. 3. § 2. D. a. e. v. 19, 1. — [2] l. 2. § 3. D. de prec. 43, 26. — [3] l. 7. D. de it. act. 43, 19; l. 2. D. comm. pr. 8, 4. — [4] l. 23. § 2. D. ex. qu. c. m. 4, 6; l. 10. pr. D. si s. v. 8, 5; l. 3. § 17. D. de vi 43, 16; Gai. 4, 139. — [5] l. 2. § 3. D. de prec. 43, 26.

auf alle Servituten, sodann aber auf eine Menge neu entstandener Rechte aus (Reallasten, kirchliche und weltliche Hoheitsrechte, Aemter und Würden, Regalien, Bannrechte), ja selbst auf Ehe- und Familienrechte; nur ob er auf Obligationen anzuwenden sei, blieb bis in das 18. Jahrhundert hinein streitig. Gegen diese maßlose und durch kein Interesse zu motivirende Ausdehnung des Besitzschutzes ist in der neuesten Zeit seit Savigny eine heilsame Reaction eingetreten; doch haben sich feststehende Grundsätze über die Grenzen des Schutzes des Rechtsbesitzes noch nicht gebildet; nur darüber ist man einig, daß der Besitz bei allen Servituten zu schützen ist.

2) § 174. Erwerb und Verlust des Servitutenbesitzes.

I. Erwerb des Servitutenbesitzes. Derselbe liegt in der gewollten Vornahme der Besitzergreifung.

1. Die Vornahme der Besitzergreifung. Die Quellen enthalten bloß die allgemeine Regel, daß die Ausübung der Servitut eine Besitzergreifung sei[1]. Die neuere Wissenschaft specialisirt diese Regel nach den verschiedenen Arten der Servituten und kommt dabei zu folgenden Grundsätzen. Bei dem Besitz von Personalservituten besteht die Besitzergreifung in der Ergreifung der Detention der Sache, bei dem Besitz der positiven Prädialservituten je nach dem Inhalt der auszuübenden Servitut bald in der Vornahme der Handlung, bald in der Einrichtung derjenigen Anstalt, wozu die wirkliche Servitut das Recht gibt (Gehen, Wasserschöpfen — Anbringen eines Vordachs[2]), bei dem Besitz der negativen Servituten darin, daß ein Grundbesitzer einem anderen eine Handlung (z. B. das Höherbauen) verbietet, welches dieser befolgt, oder darin, daß ein Grundbesitzer gegenüber einem anderen freiwillig erklärt, eine Handlung unterlassen zu wollen. — Die Besitzergreifung kann eine einseitige sein oder mit dem Willen des Besitzers der Sache, an welcher die Servitut ausgeübt wird, geschehen, letzteren Falls heißt sie in den Quellen traditio s. patientia, heutzutage quasitraditio. Sie kann durch einen Stellvertreter vorgenommen werden, vorausgesetzt, daß dieser nicht im eigenen Namen sondern in dem des Vertretenen handelt[3].

2. Die Besitzergreifung muß gewollt sein, d. h. die Ausübung der Servitut muß mit dem Willen vorgenommen sein, ein eigenes Recht auszuüben. Dieser Wille fehlt z. B. Demjenigen, welcher über einen Weg als über einen öffentlichen geht[4], oder wer über einen Privatweg in der Meinung geht, es werde der Eigenthümer des Grundstücks nichts dagegen einwenden[5].

II. Verlust des Servitutenbesitzes. Hierüber enthalten die Quellen nur geringe Andeutungen[6]. Nach der jetzt herrschenden Meinung wird der Servitutenbesitz verloren:

1. wenn es unmöglich wird, die Handlung, wozu die wirkliche Servitut das Recht gibt, auszuüben; dieser Grundsatz unterliegt denselben

---

[1] l. 20. D. de serv. 8, 1. — [2] l. 20. D. de s. p. u. 8, 2. — [3] l. 1. §§ 7. 8. 11. l. 3. § 4. D. de it. act. 43, 19. — [4] l. 25. D. qu. s. a. 8, 6. — [5] l. 1. § 6. l. 7. D. de it. act. 43, 19. — [6] l. 14. pr. D. de serv. 8, 1; l. 20. pr. D. de s. p. u. 8, 2.

Anfechtungsgründen wie der herrschende Grundsatz über den Verlust des Sachbesitzes (§ 118);

2. wenn der Besitzwille aufgegeben wird; letzteres wird bei dem Besitze von serv. discontinuae daraus geschlossen, daß längere Zeit hindurch eine Handlung behufs Ausübung der Servitut nicht vorgenommen worden ist.

3) § 175. Schutz des Servitutenbesitzes.

Vangerow, § 355.

Die Art und Weise, wie der Servitutenbesitzer im Römischen Recht geschützt wird, ist ein getreues Abbild der allmählichen Entwicklung, welche der Begriff des Rechtsbesitzes selbst im Römischen Recht erfahren hat. Es ist nämlich keineswegs bei allen Servituten dem Besitzer ein Schutz gewährt worden, noch auch bei denjenigen, welche überhaupt geschützt werden, in demselben Umfange; ferner wird zuweilen (s. unten Note 8 und 12) das dem Besitzschutz an sich ganz fremde Element der bona fides gefordert; endlich sind auch die Klagen bemerkenswerth: Prätoren und Juristen suchten zunächst an die für den Sachbesitz bestehenden Rechtsmittel anzuknüpfen, und erst, wo dieses nicht anging, wurden durch das prätorische Edict neue Klagen eingeführt. — Behufs der besseren Uebersicht sind Personal-, Rustical- und Urbanalservituten zu unterscheiden.

I. Dem Besitzer einer Personalservitut wurden im prätorischen Edict die int. uti possidetis und de vi mit veränderter Wortfassung gegeben[1]: es stehen ihm jene Interdicte als utilia zu. Die int. utrubi und de precario[2] waren schon in ihrer ursprünglichen Wortfassung zum Schutz des Besitzers einer Personalservitut brauchbar. — Diese Anknüpfung an die zum Schutz des Sachbesitzers bestehenden Interdicte war durchaus sachgemäß, da zu dem Besitz einer Personalservitut in gleicher Weise wie zu dem Sachbesitz die Detention der Sache gehört.

II. Was den Besitz der Rusticalservituten betrifft, so ward nach Römischem Recht bloß der an Wege- und Wassergerechtigkeiten geschützt; es wurden zu diesem Zwecke durch das prätorische Edict folgende Rechtsmittel eingeführt:

1. Interdictum de itinere actuque privato[3]. Dieses steht Demjenigen zu, welcher eine Wegegerechtigkeit (iter, actus, via) innerhalb des letzten Jahres vor der Klaganstellung wenigstens an dreißig Tagen[4] nec vi nec clam nec precario ab adversario[5] ausgeübt hat und nunmehr an der Ausübung der Servitut gehindert wird. Will er den schadhaft gewordenen Weg repariren und wird er hieran gehindert, so genügt der Beweis des Besitzstandes nicht (denn auch ein schlechter Weg läßt eine Benutzung zu), sondern es muß das Recht selbst bewiesen werden[6]; es wird dieser Streit in einem eigenen Processe (int. de itinere reficiendo) erledigt.

---

[1] l. 4. D. uti poss. 43, 17; l. 3. §§ 13—17. l. 9. § 1. l. 10. D. de vi 43, 16; l. 60. pr. D. de usufr. 7, 1; l. 27. D. de don. 39, 5; Vat. fr. §§ 90. 91. — [2] l. 2. pr. § 3. D. de prec. 43, 26. — [3] t. D. 43, 19: de itinere actuque privato. — [4] l. 1. pr. § 2. D. h. t. 43, 19. — [5] l. 1. pr. § 12. l. 3. § 2. D. h. t. 43, 19. — [6] l. 3. §§ 11. 13. D. h. t. 43, 19.

2. Interdictum de aqua [7]. Dieses ist anwendbar, mag die Wasserleitung zum Vortheil eines ländlichen oder eines städtischen Grundstücks dienen. Es steht Demjenigen zu, welcher die Wasserleitung wenigstens einmal nec vi nec clam nec precario ab adversario und bona fide benutzt hat [8]; bei aqua quotidiana wird vorausgesetzt, daß die einmalige Benutzung im letzten Jahre [9], bei aqua aestiva, daß sie in diesem oder im letzten Sommer, bei aqua hiberna, daß sie in diesem oder im letzten Winter geschehen ist [10]. Wer die Wasserleitung ausbessern will und daran gehindert wird, hat ein eigenes int. de rivis, wobei er bloß den Besitzstand wie bei dem int. de aqua zu beweisen hat [11].

3. Int. de fonte und de fonte reficiendo [12]. Diese sind für die Wasserschöpfgerechtigkeit eingeführt; sie unterliegen denselben Grundsätzen wie die int. de aqua und de rivis.

III. Was den Besitz an Urbanalservituten betrifft, so sind die Grundsätze des Römischen Rechts controvers. Nach Einigen fand bei allen Urbanalservituten der possessorische Schutz statt; Andere behaupten das gerade Gegentheil; noch Andere unterscheiden zwischen positiven und negativen Urbanalservituten, und bejahen den possessorischen Schutz bei jenen, leugnen ihn bei diesen. Daß die erste Ansicht unrichtig ist, wird durch mehrere Quellenzeugnisse erwiesen, welche bei Verletzung des Besitzes einer negativen Urbanalservitut bloß die operis novi nunciatio und das int. quod vi aut clam (§§ 324. 325), nicht aber ein possessorisches Interdict für zulässig erklären [13]. Daß die dritte Ansicht richtig ist, folgt aus l. 3. § 6. D. uti poss. 43, 17, der einzigen Stelle, welche unsere Frage ex professo behandelt; denn nach dieser wird der Besitzer eines Hauses, woran ein in den Luftraum des nachbarlichen Grundstücks hineinragender Vorbau sich befindet, mit dem uti possid. gegen Störungen geschützt. Dieser Entscheidung liegt folgende Argumentation zu Grunde: der Besitz einer positiven Urbanalservitut ist so eng mit dem Besitz am Grundstück selbst verbunden, daß eine Störung oder Entziehung des Servitutenbesitzes stets eine Störung des Besitzes am Grundstück selbst enthält; daher erreicht der Besitzer des Grundstücks mit dem int. uti poss. den Schutz im Besitz einer positiven Urbanalservitut. — Für die Instandhaltung der Einrichtungen, welche eine positive Urbanalservitut erheischt, ertheilt das Römische Recht einen possessorischen Schutz nur in einem einzigen Fall [14]; das int. de cloacis nämlich steht Demjenigen zu, welcher in der Reinigung oder Ausbesserung eines Abzugscanals gehindert wird, er braucht bloß die Existenz des Abzugscanals zu beweisen.

Soweit das Römische Recht einem Servitutenbesitzer Schutz verliehen hat, finden seine Grundsätze noch heut Anwendung; soweit dies nicht geschehen ist, werden heut in Folge der mittelalterlichen Rechtsentwicklung einem jeden Servitutenbesitzer possessorische Rechtsmittel gewährt, sowohl

---

[7] t. D. 43, 20: de aqua quotidiana et aestiva. — [8] l. 1. pr. §§ 10. 19. 20. D. h. t. 43, 20. — [9] l. 1. §§ 4. 22. D. h. t. 43, 20. — [10] l. 1. §§ 3. 29—37. l. 6. D. h. t. 43, 20. — [11] t. D. 43, 21: de rivis. — [12] t. D. 43, 22: de fonte. — [13] l. 5. § 10. D. de o. n. n. 39, 1; l. 6. § 1. D. si s. v. 8, 5; l. 15. D. de s. p. u. 8, 2. [14] t. D. 43, 23: de cloacis.

die Römischen (int. uti poss. und unde vi utile) als die im Mittelalter neu gebildeten (act. spolii, summariissimum).

Drittes Capitel.

Die Emphyteuse.

t. D. VI, 3: si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur. — t. C. IV, 66: de iure emphyteutico. — A. Vuy, de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum. 1838.

1) § 176. Geschichtliche Einleitung.

In der Justinianischen Compilation wird der Ausdruck „ager emphyteuticarius“ einem anderen, dem „ager vectigalis“, gleichgestellt [1]; in der Zeit der classischen Juristen hingegen waren diese Bezeichnungen nicht gleichbedeutend.

I. Ager vectigalis. Italische Städte verpachteten häufig (in der Erkenntniß, daß juristische Personen zum Betreiben von Handel, Gewerbe und Landwirthschaft wenig geeignet sind) ihre Grundstücke auf sehr lange Zeit (hundert Jahre) oder für immer (Erbpacht), vorausgesetzt jedoch, daß der Pächter den Pachtzins (vectigal) pünktlich entrichten werde [2]. Der Pächter hätte für den Schutz seines Rechts gegenüber dritten Personen genau genommen der Intervention und Hilfe des Verpächters bedurft (denn der Pächter hat kein dingliches Recht an der Sache sondern ein persönliches an den Verpächter, § 292 sq.); allein da eine juristische Person schwerfällig und viel weniger beweglich als eine natürliche ist, so schien es geboten, jenem Pächter gegen Verletzungen von Seiten dritter Personen selbständig und ohne Vermittlung des Verpächters Schutz zu gewähren, und demgemäß wurde ihm (wahrscheinlich im prätorischen Edict) eine actio in rem (vectigalis actio [3]) beigelegt, sein Recht also in ein dingliches (ius in re aliena [4]) verwandelt. Auch abgeleiteter Besitz wurde ihm (was Viele gegen ein ausdrückliches Quellenzeugniß [5] leugnen) zugeschrieben. Er erwarb die Früchte schon mit deren Separation vom Grundstück [6]. Sein Recht war veräußerlich und vererblich [7]. Mehrere Berechtigte durften das Grundstück nicht reell theilen [8]. In Jahren von Mißwachs u. dgl. hatte der Pächter auf Nachlaß des Vectigal (§ 294 Note 16—19) Anspruch [9].

II. Ager emphyteuticarius. Die Emphyteuse ist einer von den vielen Versuchen der römischen Staatsmänner, einen mittleren Bauernstand zu schaffen. In den Provinzen des Reichs wurden nament-

---

[1] Rubr. t. D. 6, 3 und l. 15. § 1. D. qui sat. cog. 2, 8. — [2] l. 1. l. 2. D. h. t. 6, 3. — [3] l. 15. § 26. D. de damn. inf. 39, 2. — [4] l. 1. § 1. D. h. t. 6, 3; l. 71. §§ 5. 6. D. de leg. 1. (30). — [5] l. 15. § 1. D. qui sat. cog. 2, 8. — [6] l. 25. § 1. D. de usur 22, 1. — [7] l. 16. § 2. D. de p. a. 13, 7; l. 31. D. de pign. 20, 1; l. 71. §§ 5. 6. D. de leg. 1. (30); l. 219. D. de v. s. 50, 16; l. 10. D. fam. erc. 10, 3. — [8] l. 7. pr. D. comm. div. 10, 2. — [9] l. 15. § 4. D. loc. 19, 2.

lich vom 3. Jahrhundert n. Chr. an die unermeßlichen wüsten Ländereien des Kron- und kaiserlichen Privatvermögens an Erbpächter zum Anbau (daher ἐμφύτευσις) überwiesen; später wandten die Provinzialstädte, die Kirche, die Großen des Reiches dieselbe Rechtsform bei Ausleihung ihrer Grundstücke an. Die Befugnisse des Emphyteuta waren denen des Pächters eines ager vectigalis in Italien durchaus analog: auch er hatte ein dingliches Recht an fremder Sache[10]. Die Gesetzgebung der Kaiser beschäftigte sich stark mit der Emphyteuse wegen ihrer weiten Verbreitung und Wichtigkeit, und dadurch wurden einige Rechtssätze eingeführt, welche bei dem ager vectigalis nicht galten (z. B. einige neue Entsetzungsfälle[11]); allein die Praxis glich diese Differenzen wieder aus, indem sie die neuen Verordnungen auf den ager vectigalis übertrug; und so wird es erklärlich, daß in der Justinianischen Compilation der ager vectigalis und emphyteuticarius ausdrücklich gleichgestellt werden[12], ohne daß uns eine Constitution bekannt ist, in welcher die Gleichstellung erfolgt wäre. — Für das aus der Gleichstellung hervorgegangene Institut ist heutzutage der Name „Emphyteuse" ausschließlich im Gebrauch. Einige Juristen bezweifeln die heutige Anwendbarkeit der römischen Vorschriften, — ohne Grund, da notorisch von der Kirche Emphyteusen im Mittelalter bestellt worden sind, welche bis in das 19. Jahrhundert hineindauerten. Durch die Agrargesetzgebung des 19. Jahrhunderts ist aber allerdings in den meisten deutschen Staaten die Emphyteuse in volles Eigenthum umgewandelt worden.

Uebrigens werden in den Quellen zuweilen auch vectigalische resp. emphyteutische Gebäude erwähnt[13]; das bedeutet offenbar Gebäude, bei deren Verleihung die Abrede getroffen worden ist, daß sie durchaus den Regeln der Emphyteuse, nicht denen der Superficies (§ 183) unterliegen sollen.

2) § 177. Begriff und Inhalt.

Vangerow, §§ 358. 359.

Die Emphyteuse ist das dingliche vererbliche und veräußerliche vollständige Nutzungsrecht an einem fremden ländlichen Grundstück (ausnahmsweise an einem Gebäude[1]) ohne andere Beschränkung als die, daß das Grundstück nicht verschlechtert werden darf. Der Emphyteuta hat das volle Nutzungsrecht (dazu gehört nicht die Aneignung des Schatzes) an dem Gut und allen Accessionen desselben[2]; er erwirbt die Früchte sofort mit ihrer Separation (§ 134)[3]; er kann die Substanz der Sache ändern, vorausgesetzt, daß darin keine Deterioration liegt[4]. Da sein Recht vererblich und veräußerlich ist, so kann er unter Lebenden wie von Todeswegen darüber ver-

---

[10] l. 3. § 4. D. de reb. eorum qui s. t. 27, 9; cf. l. 13. C. de praed. et al. 5, 71. — [11] l. 2. l. 3. C. h. t. 4, 66. — [12] Vgl. Note 1 auf der vorhergehenden S. — [13] l. 15. § 26. D. de damn. inf. 39, 2; Nov. 7. c. 3. § 2; Nov. 120. c. 1. § 2.

[1] S. Note 13. zu § 176. — [2] § 3. I. de loc. cond. 3, 24; l. 1. § 1. D. h. t. 6, 3. — [3] l. 25. § 1. D. de usur. 22, 1. — [4] Nov. 7. c. 3. § 2; Nov. 120. c. 6.

fügen[5], für die Dauer seines Rechts Servituten bestellen[6] und es verpfänden[7]; nicht hingegen kann er es einseitig derelinquiren[8]. — Zum Schutz seines Rechts gegenüber jedem Verletzer desselben stehen ihm alle Klagen[9] des Eigenthümers utiliter zu (namentlich die rei vindicatio[10] negatoria, confessoria[11], publiciana in rem actio[12]); seine utilis rei vindicatio heißt vectigalis actio[13]. Durch diese utiles actiones entstand im Mittelalter die falsche Ansicht von einem dominium utile des Emphyteuta (§ 128 unter II). — Außerdem entspringt zwischen dem Emphyteuta und dem Grundherrn eine wechselseitige persönliche Klage aus dem zu Grunde liegenden Rechtsact (§ 179).

3) § 178. Verbindlichkeiten des Emphyteuta.

Vangerow, § 359.

Dem Emphyteuta liegen folgende Verbindlichkeiten ob:

1. Er soll das Gut nicht deterioriren[1]; entgegengesetzten Falls kann nach einem Gesetz Justinians[2] bei kirchlichen Emphyteusen der Grundherr ihn entsetzen; die Praxis hat dies auf die weltlichen Emphyteusen übertragen.

2. Er muß die auf der Sache ruhenden Lasten, namentlich die öffentlichen Abgaben tragen; unterläßt er die Zahlung der öffentlichen Abgaben drei Jahre lang, so kann der Grundherr ihn entsetzen[3].

3. Er muß dem Grundherrn eine jährliche Abgabe (pensio, reditus, vectigal, canon), welche bei der Bestellung der Emphyteuse näher festzusetzen ist, entrichten[4]. Nur der gänzliche Untergang des emphyteutischen Grundstücks hebt nach einer Verordnung von Zeno diese Verpflichtung des Emphyteuta auf, nicht aber ein theilweiser[5] (denn die Abgabe ist nicht sowohl ein Entgelt für die gewährte Fruchtziehung als vielmehr eine Anerkennung des Eigenthums des Grundherrn); daher wird die Abgabe auch im Falle des Mißwachses oder anderer Unglücksfälle nicht gemindert; doch behaupten viele Juristen das Gegentheil, weil durch Versehen der Compilatoren die desfallsige Bestimmung über den Pächter eines ager vectigalis (§ 176 N. 9) in das Corpus juris aufgenommen worden ist[6]. Unterläßt der Emphyteuta die Zahlung der Abgabe bei kirchlichen Emphyteusen zwei, bei weltlichen drei Jahre lang, so kann der Grundherr ihn entsetzen[7].

4. Er muß bei jeder Veräußerung unter Lebenden den Grundherrn um seine Zustimmung ersuchen; der Grundherr kann die Zustimmung nur aus guten Gründen versagen (z. B. wegen Untüchtigkeit des Erwerbers);

---

[5] § 3. I. de loc. cond. 3, 24; l. 1. pr. D. h. t. 6, 3; l. 10. D. fam. erc. 10, 2; l. 71. §§ 5. 6. D. de leg. 1. (30); l. 3. C. h. t. 4, 66; l. 1. C. de fund. patr. 11, 61. — [6] l. 1. D. qu. m. us. 7, 4. — [7] l. 16. § 2. D. de p. a. 13, 7; l. 31. D. de pign. 20, 1. — [8] l. 3. C. de fund. patr. 11, 61. — [9] l. 23. § 1. D. de aq. pluv. 39, 3; l. 5. § 3. arb. furt. 47, 7. — [10] l. 1. § 1. l. 2. D. h. t. 6, 3; l. 66. pr. D. de ev. 21, 2; l. 16. D. de serv. 8, 1. — [11] l. 16. D. de serv. 8, 1. — [12] l. 12. § 2. D. de publ. a. 6, 2. — [13] l. 15. § 26. D. de damn. inf. 39, 2.

[1] Nov. 7. c. 3. § 2; Nov. 120. c. 8. — [2] Nov. 120. c. 8. — [3] l. 2. C. h. t. 4, 66. — [4] l. 2. C. h. t. 4, 66. — [5] l. 1. C. h. t. 4, 66; § 3. I. de loc. cond. 3, 24. — [6] l. 15. § 4. D. loc. 19, 2. — [7] l. 2. C. h. t. 4, 66; Nov. 7. c. 3. § 2; Nov. 120. c. 8.

wenn derartige Gründe nicht vorliegen, so muß der Grundherr den Erwerber binnen zwei Monaten als neuen Emphyteuta anerkennen; er kann hiefür 2 Procent des Kaufpreises resp. des Schätzungswerthes (und zwar, nach der Praxis, vom Erwerber) verlangen; diese Summe heißt heut laudemium, Handlohn. Liegt der Veräußerung ein Kauf zu Grunde, so steht dem Herrn binnen zwei Monaten nach der Anzeige des Emphyteuta ein Vorkaufsrecht zu d. h. er kann unter gleichen Bedingungen die Emphyteuse selbst kaufen. Veräußert der Emphyteuta, ohne dem Grundherrn die Anzeige zu machen resp. ohne die zweimonatliche Frist abzuwarten, so kann der Grundherr ihn entsetzen [8].

Alle diese Bestimmungen über die Verbindlichkeiten des Emphyteuta können durch besondere Abreden der Parteien modificirt werden [9].

4) § 179. Entstehung der Emphyteuse.

Vangerow, § 360.

Die Emphyteuse entsteht:

1. Durch Vertrag mit dem Eigenthümer; er allein genügt nach einem ausdrücklichen Quellenzeugniß [1], und es braucht nicht (wie Viele behaupten) die Tradition des Grundstücks hinzuzukommen. Der Vertrag bedarf (nach Verordnung der Kaiser Zeno und Justinian [2]) der schriftlichen Form bei kirchlichen Emphyteusen immer, bei weltlichen dann, wenn etwas von den gesetzlichen Bestimmungen Abweichendes verabredet wird; sonst genügt jede Art von Willenserklärung, und man zählt daher den Vertrag zu den Consensualcontracten (§ 209 unter A. 4). Die Natur des Vertrages war lange Zeit bestritten (Einige hielten ihn für eine Pacht, Andere für einen Kauf [3]), bis Kaiser Zeno ihn für einen selbständigen Vertrag (contractus emphyteuticarius) erklärte, welcher weder den Regeln des Kaufes noch denen der Miethe unterliegen sollte, daher solle der Emphyteuta weder alle Gefahr (wie der Käufer) noch gar keine Gefahr (wie der Miether) tragen sondern er solle die Verschlechterung resp. Verkleinerung des Grundstücks zu tragen haben (§ 178 unter 3).

2. Durch Vermächtniß des Eigenthümers in einer letztwilligen Verfügung, was Einige ohne Grund bestreiten.

3. Durch richterliche Bestellung (§ 168).

4. Streitig ist es, ob die Emphyteuse durch Ersitzung entstehen kann; in den Quellen wird die usucapio ausdrücklich für unzulässig erklärt [4], die longi temporis praescriptio mit Stillschweigen übergangen. Da nun die Ersitzung dem ius singulare angehört, so ist ihre Uebertragung auf die Emphyteuse auf dem Wege der Analogie dem heutigen Juristen verwehrt (§ 13 Note 9).

5) § 180. Uebertragung der Emphyteuse.

Eine bereits bestehende Emphyteuse wird übertragen:

1. Durch Tradition des Grundstücks Seitens des Emphyteuta [1] mit

---

[8] l. 3. C. h. t. 4, 66. — [9] l. 1. l. 2. C. h. t. 4, 66.

[1] l. 1. § 1. D. h. t. 6, 3. — [2] l. 1. C. h. t. 4, 66; Nov. 120. c. 6. § 2. — [3] Gai. 3, 145; l. 1. C. h. t. 4, 66. — [4] 12. § 2. D. de publ. a. 6, 2.

[1] cf. l. 12. § 2. D. de publ. a. 6, 2.

dem Willen, daß der Empfänger das Recht der Emphyteuse erwerbe; es gelten die Grundsätze des § 131 in analoger Weise.

2. Durch Vererbung und Vermächtniß Seitens des Emphyteuta.

3. Durch richterliche Anordnung; diese ist namentlich in Theilungsprocessen nothwendig; da das emphyteutische Grundstück nicht ohne Erlaubniß des Grundherrn reell theilbar ist[2], so muß der Theilungsrichter Einem Genossen allein die ganze Emphyteuse zusprechen, und ihn zur Zahlung einer Entschädigung an den Genossen verurtheilen.

4. Durch Ersitzung kann eine bestehende Emphyteuse von einem Nichtberechtigten erworben werden; selbstverständlich liegt hierin ein originärer Erwerb, und keine Uebertragung der Emphyteuse.

6) § 181. Aufhebung der Emphyteuse.

Vangerow, § 361.

Die in dem § 171 unter I. II. auseinandergesetzten Umstände, welche eine Aufhebung theils aller dinglichen Rechte theils der dinglichen Rechte an fremder Sache zur Folge haben, finden auch auf die Emphyteuse Anwendung. Dazu treten folgende der Emphyteuse eigenthümliche Aufhebungsgründe:

1. die Thatsache, daß ein Dritter das volle Eigenthum des Grundstücks ersitzt;

2. die Entsetzung des Emphyteuta (sog. Privation), deren nähere Bedingungen bereits im § 178 angegeben sind.

Viele Juristen behaupten, daß die Emphyteuse auch bei dem unbeerbten Tod des Emphyteuta beendigt werde; allein es ist dies mit Recht in neuerer Zeit angefochten worden; vielmehr fällt alsdann die Emphyteuse als bonum vacans an den Fiscus; erst wenn dieser sein Recht binnen vier Jahren nicht ausübt (§ 87 Note 16), hört die Emphyteuse auf.

7) § 182. Besitz des Emphyteuta.

Vangerow, § 200.

Es ist bestritten, ob dem Emphyteuta ursprünglicher Sachbesitz oder abgeleiteter Sachbesitz oder endlich Rechtsbesitz zuzuschreiben sei. Da der Emphyteuta offenbar keinen sog. animus domini hat, so ist die erste Meinung unbedenklich zu verwerfen. Die dritte Meinung ist deshalb zu mißbilligen, weil der Pächter des ager vectigalis und emphyteuticarius in den Quellen[1] ausdrücklich als solcher bezeichnet wird, qui agrum possidet. Hiernach hat der Emphyteuta abgeleiteten Besitz am Grundstück, und es stehen ihm alle zum Schutze des Sachbesitzes eingeführten Rechtsmittel zu (§ 120 sqq.); hingegen hindert sein abgeleiteter Besitz nicht seinen Herrn an der Fortsetzung der Ersitzung des Grundstücks, wie ja vom abgeleiteten Besitz des Pfandgläubigers und des Precaristen das Gleiche gilt (§ 112 Note 10. 13. § 141 Note 3).

---

[2] l. 7. pr. D. comm. div. 10, 3; l. 10. D. fam. erc. 10, 2; l. 15. § 26. D. de damn. inf. 39, 2.

[1] l. 15. § 1. D. qui sat. cog. 2, 8.

Viertes Capitel.

§ 183. Superficies (Platzrecht).

t. D. XLIII, 18: de superficiebus. — Wächter, das Superficiar- oder Platzrecht. 1866. — Degenkolb, Platzrecht und Miethe. 1867. — Vangerow, § 362.

I. Geschichtliche Einleitung. Zwei Wege bieten sich dem Wohnungsbedürftigen dar: entweder er miethet ein fremdes Haus resp. einen Theil davon — wie dies zu allen Zeiten die Regel ist — oder er miethet einen fremden Platz und bedingt sich zugleich die Befugniß aus, auf dem Platze ein Haus aus eigenen Mitteln errichten zu dürfen; vortheilhaft ist letzteres dann, wenn der Miethcontract für immer oder für eine sehr lange Zeit abgeschlossen wird. Diesen zweiten Weg schlug man in Rom bei denjenigen Bauplätzen, welche im Staatseigenthum standen, nicht selten ein; es trug dazu der Umstand bei, daß der römische Staat eine gänzliche Veräußerung (einen Verkauf) eines ihm gehörigen Grundstücks nur unter besonderen Verhältnissen vornahm, dagegen es gern gegen Zins austhat. Stadtgemeinden und Private folgten dem Beispiel des Staats, so daß endlich das prätorische Edict das Rechtsverhältniß regelte und den Erbauer des Hauses (den Superficiar) mit einem possessorischen Interdict (int. de superficiebus) und einer dinglichen Klage schützte[1]. Das Motiv für diese Klagen war eben der Umstand, daß der Superficiar das Gebäude mit eigenen Materialien errichtet hatte, es erschien billig, ihn gegen Verletzungen von Seiten dritter Personen selbständig und ohne Vermittlung des Eigenthümers mit Schutzmitteln zu versehen (vgl. § 176 N. 3. 4). — In Deutschland ist die Superficies nur wenig verbreitet (sehr häufig ist sie in London).

II. Begriff und Inhalt. Die Legaldefinition betrifft nicht das Recht der Superficies sondern ihr Object: das Gebäude; sie lautet: superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum[2]. Die Definition des superficiarischen Rechts ist folgendermaßen zu fassen: die Superficies ist das dingliche, vollständige, vererbliche und veräußerliche Nutzungsrecht an einem Gebäude, welches demjenigen, welcher dasselbe auf einem fremden Grundstück mit Erlaubniß des Grundeigenthümers errichtet hat, für immer oder für die etwa verabredete Zeit[3] zusteht. Von demjenigen Recht, welches der Miether eines Gebäudes erlangt, unterscheidet sich die Superficies dadurch, daß jenes ein persönliches, dieses ein dingliches ist[4]. — Der Superficiar hat das vollständige Nutzungsrecht des Gebäudes und der diesem zustehenden Servituten; da sein Recht veräußerlich und vererblich ist, so kann er unter Lebenden wie von Todeswegen darüber verfügen, für die Dauer seines Rechts Servituten bestellen und es verpfänden[5]. Dahingegen ist er zur Entrichtung der öffentlichen Abgaben verpflichtet; auch

---

[1] l. 1. pr. §§ 1. 3. D. h. t. 43, 18. — [2] l. 2. D. h. t. 43, 18; cf. l. 74. D. de r. v. 6, 1; l. 2. § 17. D. ne quid. in loc. publ. 43, 8. — [3] l. 1. § 3. D. h. t. 43, 18. — [4] l. 86. § 4. D. de leg. 1. (30); l. 19. pr. D. de damn. inf. 39, 2.

muß er dem Grundeigenthümer die etwa versprochenen Gegenleistungen machen, namentlich einen Zins (solarium, pensio) zahlen [6]; nicht aber hat der Grundeigenthümer ein Recht zum Vorkauf noch auf Laudemium, falls der Superficiar die Superficies veräußert.

III. Entstehung. Die Superficies entsteht:

1. Durch Vertrag mit dem Eigenthümer. Der Vertrag hat in der Regel die Natur eines Miethsvertrages [7]; es ist indeß denkbar, daß es auch ein anderer Vertrag sein könne, und in der That wird in den Quellen einmal der Kauf erwähnt [8]. Tradition ist zur Entstehung des Rechts nicht nothwendig.

2. Durch Vermächtniß des Eigenthümers in einer letztwilligen Verfügung.

3. Durch richterliche Bestellung.

Ob die Superficies auch durch Ersitzung entstehen könne, ist ebenso wie bei der Emphyteuse bestritten [9], und aus dem dort angegebenen Grunde (§ 179 a. E.) zu verneinen.

IV. Hinsichtlich der Uebertragung und

V. Hinsichtlich der Beendigung gelten dieselben Grundsätze wie bei der Emphyteuse (§§ 180. 181); doch steht dem Grundeigenthümer kein Recht der Privation gegenüber dem Superficiar zu. Zwar nimmt die herrschende Meinung wenigstens dann ein Privationsrecht an, wenn der Superficiar zwei Jahre lang das Solarium nicht zahlt [10]; indeß leugnen Viele die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf die Superficies, — mit Recht: denn sie gilt nur für vorübergehende Miethverhältnisse (§ 295 N. 6).

VI. Schutz des Superficiars. Dem Superficiar stehen alle Schutzmittel [11] des Eigenthümers utiliter zu (namentlich rei vindicatio, negatoria, confessoria, publiciana in rem actio) [12]; hiedurch entstand im Mittelalter die unrichtige Meinung von einem dominium utile des Superficiars (§ 128 unter II). Ueberdieß entspringen zwischen dem Superficiar und dem Besteller persönliche Klagen, welche nach dem Entstehungsgrunde der Superficies verschieden sind (act. locati — conducti, emti — venditi u. s. w.) [13].

VII. Streitig ist der Besitz des Superficiars. Nach einigen hat er abgeleiteten Besitz am Grundstück nebst Gebäude, nach Anderen ursprünglichen Besitz am Gebäude, nach der herrschenden Ansicht hat er iuris quasi possessio. Fest steht, daß dem Grundeigenthümer das int.

---

[5] l. 1. §§ 6. 7. 9. D. h. t. 43, 18; l. 1. pr. D. qu. m. ususfr. 7, 7; l. 10. D. fam. erc. 10, 2; l. 86. § 4. D. de leg. 1. (30); l. 16. § 2. D. de pign. a. 13, 7; l. 13. § 3. D. de pign. 20, 1; l. 15. D. qui pot. 20, 4. — [6] l. 74. D. de r. v. 6, 1; l. 15. D. qui pot. 20, 4; l. 2. § 17. D. ne quid in loc. publ. 43, 8. — [7] l. 1. pr. § 3. l. 2. D. h. t. 43, 18; l. 18. § 4. D. de damn. inf. 39, 2; l. 3. § 7. D. uti poss. 43, 17; l. 2. § 17. D. ne quid in loc. publ. 43, 8. — [8] l. 1. § 1. D. h. t. 43, 18; hingegen auf l. 32. D. de j. d. 23, 3 darf man sich nicht berufen, sie handelt von einem Hause, das auf den Abbruch verkauft worden ist. — [9] l. 12. § 3. D. de p. a. 6, 2; cf. l. 26. D. de usurp. 41, 3. — [10] Wegen l. 54. § 1. l. 56. D. loc. 19, 2. — [11] l. 3. § 3. D. de o. n. n. 39, 1; l. 13. § 8. l. 39. § 1. D. de damn. inf. 39, 2; l. 11. § 14. D. quod vi 43, 24. — [12] l. 1. §§ 1. 3. 6. D. h. t. 43, 18; l. 73. § 1. l. 74. l. 75. D. de r. v. 6, 1; l. 12. § 3. D. de p. a. 6, 2. — [13] l. 1. §. 1. D. h. t. 43, 18.

uti possidetis zusteht[14] (dadurch wird die erste Meinung widerlegt); ferner steht fest, daß dem Superficiar das int. de vi und das int. de precario zusteht[15] (und zwar direct, nicht utiliter; dadurch wird die dritte Meinung widerlegt und die zweite erwiesen). Außer dem int. de vi und de precario steht dem Superficiar noch ein int. de superficiebus zu[16]; dasselbe ist dem int. uti poss. nachgebildet, ist also ein int. retinendae possessionis.

Fünftes Capitel.

Das Pfandrecht.

Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. 1836. — Bachofen, das Römische Pfandrecht (unvollendet). 1847. — H. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen Römischen Rechts. 2 Bde. 1860. 1864.

Erster Titel.

Die allgemeinen Grundsätze.

A. § 184. Der Begriff des Realcredits und seine Gestaltungen im Römischen Recht.

Vangerow, § 363.

Das Pfandrecht ist eine Unterart des Realcredits.

Es giebt zwei Arten des Credits: den Personal- und den Realcredit. Der Creditirende nämlich traut dem Schuldner die Fähigkeit wie die Absicht zu, seine Schuld zu bezahlen; beruht dieses Vertrauen lediglich auf einer Meinung des Creditirenden über die Person des Schuldners (sein Vermögen, seine Tüchtigkeit, Redlichkeit, gesellschaftliche Stellung), so spricht man von Personalcredit; beruht es hingegen darauf, daß dem Creditirenden bestimmte Vermögensstücke angewiesen werden, an welche er sich im Falle seiner Nichtbefriedigung halten soll, so ist der Credit ein Realcredit. Der Realcredit ist ein Mittel, um den Gläubiger gegen die Gefahr gegenwärtiger oder zukünftiger Insolvenz des Schuldners zu schützen; denn die Personalgläubiger können sich an die dem Realgläubiger angewiesenen Vermögensstücke erst nach der Befriedigung des letzteren halten. Die juristischen Formen des Realcredits können verschieden sein; im Römischen Recht haben sich allmählich drei Formen gebildet:

1. Fiducia cum creditore[1], d. h. der Gläubiger erhält das Eigenthum einer Sache, und er verpflichtet sich, nach geschehener Aufhebung der Schuld dem Fiducianten das Eigenthum der Sache zurück zu übertragen; er kann hierauf vom Fiducianten mit der act. fiduciae belangt werden.

---

[14] l. 3. § 7. D. uti poss. 43, 17. — [15] l. 1. § 5. D. de vi 43, 16; l. 2. pr. § 3. D. de prec. 43, 26. — [16] l. 1. pr. § 2. D. h. t. 43, 18.

[1] Gai. 2, 59. 60. Paul. sent. rec. 2, 13.

2. Pignus[2], d. h. der Gläubiger erhält den (abgeleiteten) Besitz einer Sache und er wird hierin durch die possessorischen Interdicte geschützt; er verpflichtet sich aber, die Sache nach der Aufhebung der Schuld zurückzugeben, und er kann hierauf mit der act. pigneraticia directa belangt werden (§ 279). Die Befugniß, die Sache im Falle der Nichtbefriedigung zu verkaufen und sich aus dem Erlöse zu befriedigen, hatte der Gläubiger ursprünglich nur dann, wenn er sie sich durch besonderen Vertrag ausbedungen hatte[3] (pactum de vendendo pignore); im 2. Jahrhundert n. Chr. verstand sie sich aber von selbst, ja der Vertrag, worin er darauf verzichtete, ward für nichtig erklärt, doch legte man ihm die Wirkung bei, daß der Gläubiger den Schuldner dreimal mahnen müsse[4] (§ 198 N. 5).

3. Hypotheca[5], d. h. in dem ältesten Fall (nämlich wenn der Pächter eines ländlichen Grundstücks dem Verpächter sein eingebrachtes Inventar verpfändete) erhält der Gläubiger (der Verpächter) ein Pfändungsrecht eingeräumt, nämlich die Befugniß, im Fall der Nichtbefriedigung den Besitz des Inventars selbst zu ergreifen; auch wurde durch das prätorische Edict ein prohibitorisches int. adipiscendae possessionis eingeführt (das int. Salvianum, § 196), um den Gläubiger in der Ausübung seines Pfändungsrechts zu schützen[6]. Später erhielt der Verpächter durch das prätorische Edict noch die act. in rem serviana, mit welcher er die Uebertragung des Besitzes gerichtlich geltend machen konnte[7], d. h. er brauchte nicht mehr die Pfändung vorzunehmen, sondern er konnte verlangen, daß der Schuldner resp. das Gericht ihm den Besitz übergebe. Bald wurde die Hypothek bei allen Forderungen für anwendbar erklärt, und hier (wie auch bei dem Pignus) behufs gerichtlicher Geltendmachung des Besitzrechts die act. serviana utilis, quasi serviana, hypothecaria, serviana schlechthin eingeführt[8]. Hinsichtlich des Verkaufsrechts fand hier dieselbe Entwicklung wie beim Pignus statt.

Das Resultat der Rechtsentwicklung zu Justinians Zeit ist folgendes: die Fiducia ist außer Gebrauch gekommen, weil sie dem Gläubiger viel mehr Befugnisse gewährt, als seine Sicherung verlangt; heute jedoch ist bei Bestellung von Cautionen in Geld, dem sog. pignus irregulare, ein der Fiducia nachgebildetes Rechtsgeschäft wiederum gebräuchlich geworden (§ 76 unter 1 b, § 131 Text zwischen N. 14 und 15); Pignus und Hypotheca haben sich in ihrem Effect so genähert, daß sie sich bloß in Einem Punkte unterscheiden: das Pignus verschafft dem Gläubiger sofort den Besitz, die Hypotheca erst später im Fall der Nichtbefriedigung; beide gewähren dem Gläubiger das Recht des Verkaufs. Im Wesentlichen gibt es also im Justinianischen Recht nur Ein Institut mit zwei Namen: inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt[9]; aber selbst diese Namen werden in den Quellen sehr oft miteinander vertauscht. Dies ist auch der heutige Rechtszustand; es gibt nur ein In-

---

[2] Isid. orig. 5, 25. § 22; § 7. I. de act. 4, 6. — [3] Gai. 2, 64; l. 73. D. de furt. 47, 2. — [4] l. 4. D. de pign. a. 13, 7. — [5] l. 9. § 2. D. de pign. a. 13, 7; l. 4. D. de pign. 20, 1; § 7. I. de act. 4, 6. — [6] Gai. 4, 147. — [7] § 7. I. de act. 4, 6. — [8] § 7. I. cit. — [9] l. 5. § 1. D. de pign. 20, 1.

stitut: das Pfand, welches in das Faustpfand und die Hypothek zerfällt, je nachdem der Gläubiger den Besitz sofort erhält oder nicht.

B. § 185. Begriff und Natur des Pfandrechts.

Büchel, civilrechtliche Erörterungen Bd. 1. Nr. 2. 2. Aufl. 1847. — Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjecte. 1867. — Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach Röm. R. 1873. — Vangerow, §§ 363. 364.

Regelmäßig ist das Pfandrecht das einem Gläubiger behufs Sicherung seiner Forderung an einer fremden Sache zustehende dingliche Recht, bestehend in der Befugniß, sie zu besitzen und sie zu verkaufen, um sich aus dem Erlöse für seine Forderung selbst zu befriedigen.

1. Das Pfandrecht ist regelmäßig ein dingliches Recht an fremder Sache; erst durch die Anwendung der Hypothek auf alle verkäuflichen Gegenstände wohnt dem Pfandrecht in einigen Fällen der Charakter des dinglichen Rechts nicht bei (§ 187). Von den übrigen iura in re aliena ist das Pfandrecht wesentlich verschieden, denn a) die Befugnisse des Servitutberechtigten, Emphyteuta, Superficiars sind Gebrauchs- und Fruchtziehungsrechte, und wenn sie auch noch so weit reichen, so haben sie nie die Kraft, das Eigenthum aufzuheben; das Recht des Pfandgläubigers hingegen besteht wesentlich in dem Recht auf den Werth der Sache und durch die Ausübung seines Rechts (durch den Verkauf der Sache) entzieht er dem Eigenthümer sein Eigenthum. b) Die Befugnisse des Servitutberechtigten, Emphyteuta, Superficiars sind von dauernder Art; das Veräußerungsrecht des Pfandgläubigers kann nur einmal ausgeübt werden. c) Die Servitut, Emphyteuse und Superficies haben, weil sie Nutzungsrechte sind, einen Werth in sich; das Pfandrecht hingegen ist bloß ein Sicherungsmittel der Forderung, es soll nichts anderes bewirken als was die Forderung schon an sich gewähren soll: eine Leistung an den Gläubiger; es hat deshalb keinen Werth in sich, es erhöht nicht den Nennwerth der Forderung (häufig freilich erhöht es ihren Verkaufswerth). Um dieser Unterschiede willen haben neuere Juristen dem Pfandrecht den Charakter eines dinglichen Rechts abgesprochen, und die Behauptung aufgestellt, daß es als eine Forderung (Obligation) des Pfandgläubigers an das Pfand oder an dessen Eigenthümer zu denken sei. Auch scheint dieser Auffassung der Sprachgebrauch der Quellen günstig zu sein, welche die Verpfändung regelmäßig mit rem obligare, pignus contrahere, die Aufhebung des Pfandes mit pignus liberare, pignus solvere bezeichnen, und welche die pignoris obligatio der obligatio personalis gegenüber stellen [1]. Allein diese Ausdrucksweise erklärt sich daraus, daß Forderung und Pfandrecht denselben Zweck verfolgen (eine Leistung an den Gläubiger), und daß ebendeshalb sowohl die Person des Schuldners als die Pfandsache gebunden ist; aber die Bindung der Sache ist nothgedrungen von einem anderen juristischen Inhalt als die der Person. Daher wird auch das Pfandrecht in den Quellen ausdrücklich als ius in re aliena bezeichnet [2]; die oben dargestellten Unterschiede

[1] l. 11. D. quib. m. p. v. h. solv. 20, 6. — [2] l. 19. pr. D. de damn. inf. 39, 2; l. 30. D. de nox. act. 9, 4.

zwischen dem Pfandrecht und den übrigen iura in re aliena beweisen nur die Eigenart des Pfandrechts.

2. Das Pfandrecht ist ein Recht an einer fremden Sache. Denn eine eigene Sache des Gläubigers ist nicht fähig, ihm die gewünschte Sicherheit für seine Forderung zu gewähren; auch kann der Eigenthümer einer Sache nicht neben dem Eigenthume noch Einzelrechte haben. Daher geht das Pfandrecht durch Confusion unter (§ 207). Allein es gibt einige Fälle, in welchen die Annahme eines Pfandrechts an eigener Sache den Gläubiger, wenn sie ihm auch keine Sicherheit gewährt, doch wenigstens vor Schaden behütet; in diesen Fällen wird im Römischen Recht ein Pfandrecht an eigener Sache angenommen (§ 193 unter 2, § 195 N. 15, § 207 unter II. 1).

3. Das Pfandrecht bezweckt die Sicherung einer bestimmten Forderung; hierin besteht das Interesse des Gläubigers am Pfandrecht (§ 16); deshalb verhält sich das Pfandrecht zur Forderung wie ein accessorisches Recht zum Hauptrecht[3]. Von dieser Regel gibt es Ausnahmen doppelter Art: a) zuweilen wird das Pfandrecht von der Forderung, für welche es haftet, auf eine neue übertragen (die sog. hypothekarische Succession, § 193); b) zuweilen besteht das Pfandrecht fort, trotzdem die Forderung, für welche es haftet, in jeder anderen Beziehung untergegangen ist (§ 207 unter III. 2).

4. Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger ein Besitz- und Verkaufsrecht; hiedurch wird das Recht des Eigenthümers beschränkt. Nicht jedoch verliert der Eigenthümer das Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht, ferner nicht das Recht zur (totalen oder partiellen) Veräußerung des Pfandes; nur wird durch eine derartige Veräußerung das Pfandrecht nicht geschmälert: quia cum sua causa fundus transit[4]. In einem Falle jedoch ist die Veräußerung Seitens des Eigenthümers nichtig, nämlich wenn eine bewegliche Sache speciell verpfändet worden ist; nach Römischem Recht (nicht aber nach heutigem) lag hierin sogar ein Furtum[5], vgl. § 311 Note 7.

Zweiter Titel.

Entstehung des Pfandrechts.

Vorbemerkung.

Zur Entstehung eines Pfandrechts gehört das Vorhandensein von drei Factoren: einer Forderung, eines verpfändbaren Objectes, eines Entstehungsactes.

I. § 186. Die Forderung.

t. D. XX, 1; t. C. VIII, 14: de pignoribus et hypothecis. — Vangerow, § 364.

Seinem Begriffe gemäß gehört zur Entstehung des Pfandrechts eine Forderung. Dieselbe muß Demjenigen zustehen, welcher das Pfandrecht

---

[3] l. 43. D. de sol. 46, 3. — [4] l. 18. § 2. D. de pign. a. 13, 7. — [5] l. 19. § 6. l. 61. § 8. l. 66. pr. D. de furt. 47, 2.

erwerben soll[1] (sonst fehlt ihm jedes Interesse §§ 16. 185 unter 3); dahingegen braucht der Schuldner der Forderung nicht der Verpfänder zu sein, vielmehr kann man auch für eine fremde Schuld ein Pfandrecht bestellen[2]. Der Gegenstand der Forderung (Geld, andere Sachen, Thätigkeit) ist gleichgiltig[3]. Die Forderung ist gewöhnlich eine betagte[4], sie kann aber auch bereits fällig sein. Sie kann auch eine bedingte[5] oder eine zukünftige[6] sein (z. B. ein später zu gebendes Darlehn, das Versprechen der Rückzahlung einer Dos, welche dem Ehemann noch nicht ausgezahlt ist[7], ein Zinsversprechen, der Miethzins, welchen der Miether erst dann schuldig wird, wenn der Vermiether ihm den Gebrauch der vermietheten Sache gewährt hat[8]); doch ist in diesen Fällen auch das Pfandrecht bedingt resp. zukünftig und es entsteht erst dann, wenn die Forderung entsteht[9]. Auch Naturalobligationen können durch Pfand gesichert werden[10]; dasselbe ist ein klagbares; nur da, wo die Klaglosigkeit der Obligation auf einer positiven Rechtsvorschrift beruht, steht (wie der Klage aus der Obligation, so auch) der Klage aus dem Pfandrecht eine Exceptio (z. B. scti Macedoniani, rei iudicatae) entgegen[11]; aber selbst in diesen Fällen ist das Pfandrecht klagbar, wenn mit der Pfandbestellung ein giltiger Verzicht auf die Exceptio verbunden ist, z. B. Derjenige, welcher als Haussohn ein Darlehn aufgenommen, bestellt nach Aufhebung der väterlichen Gewalt dem Gläubiger ein Pfand[12].

II. § 187. Der Gegenstand des Pfandrechts.

t. D. XX, 3: quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt. — t. C. VIII, 17: quae res pignori obligari possunt vel non et qualiter pignus contrahatur. — Bremer und Exner in den zu § 185 citirten Schriften. — Vangerow, §§ 366. 367. 369. 372.

Ursprünglich waren Pignus und Hypotheca, weil sie dem Gläubiger bloß ein Besitzrecht verschafften, nur an körperlichen Sachen denkbar; aber im classischen Römischen Recht sowie im heutigen, nach welchem dem Gläubiger noch das wirksamere Recht zum Verkauf zusteht, gilt der Grundsatz: quod emtionem venditionem recipit, etiam pignerationem recipere potest[1], alles Verkäufliche kann Gegenstand des Pfandrechts sein.

1. Der bei weitem häufigste Fall ist der, daß eine körperliche Sache oder eine Mehrheit derselben Gegenstand des Pfandrechts wird. Sie kann vom dispositionsfähigen Eigenthümer verpfändet werden[2], vorausgesetzt, daß sie nicht einem gesetzlichen Veräußerungsverbot unterliegt[3]; gleiche Kraft mit dem Willen des Eigenthümers hat in gewissen Fällen die Verfügung eines Richters (§ 189) sowie eine Rechtsvorschrift (§ 190). Steht

[1] l. 33. D. h. t. 20, 1. — [2] l. 5. § 2. D. h. t. 20, 1. — [3] l. 9. § 1. D. de pign. a. 13, 7. — [4] l. 5. pr. D. h. t. 20, 1; l. 9. pr. D. qui pot. 20, 4. — [5] l. 5. pr. l. 13. § 5. D. h. t. 20, 1. — [6] l. 5. pr. D. h. t. 20, 1; l. 89. D. de v. o. 45, 1. — [7] l. 1. pr. D. qui pot. 20, 4. — [8] l. 14. pr. D. h. t. 20, 1. — [9] l. 5. pr. l. 13. § 5. D. h. t. 20, 1. — [10] l. 5. pr. l. 14. § 1. D. h. t. 20, 1; l. 13. pr. D. de c. i. 12, 6. — [11] l. 2. D. quae res pign. 20, 3. — [12] l. 9. pr. D. ad sct. Mac. 14, 6.

[1] l. 9. § 1. D. de pign. 20, 1. — [2] l. 23. D. de prob. 22, 3; pr. § 2. I. qu. al. lic. 2, 8; l. 6. C. si al. res 8, 16. — [3] l. 3. l. 6. C. h. t. 8, 17.

die Sache im Miteigenthum, so kann jeder Miteigenthümer seinen Theil verpfänden[4]. Auch zukünftige Sachen[5] (z. B. Früchte auf dem Halm) sowie zukünftig zu erwerbende Sachen[6] können verpfändet werden, doch ist in diesen Fällen auch das Pfandrecht zukünftig; daher entsteht es bei zukünftigen Sachen nicht, wenn der Eigenthümer oder Usufructuar einer Sache, welcher die hängenden Früchte derselben verpfändet hat, noch vor dem Erwerbe der Erzeugnisse das Eigenthum resp. den Usufructus verliert[7]. Der Nichteigenthümer hat keine Verpfändungsbefugniß, außer mit Bewilligung oder Genehmigung des Eigenthümers[8]. Verpfändet aber der redliche Besitzer eine Sache, so kann der Gläubiger, wenngleich er kein Pfandrecht erwirbt, die act. hypothecaria publicianisch anstellen[9], d. h. nur der Eigenthümer und ein gleich guter redlicher Besitzer können ihm die Eigenschaft eines Pfandgläubigers absprechen. In folgenden Fällen convalescirt das vom Nichteigenthümer bestellte Pfandrecht hinterher, richtiger[10]: es erlangt der Gläubiger nicht den Namen, wohl aber alle Befugnisse des Pfandgläubigers:

a. wenn der Verpfänder später das Eigenthum der Sache erlangt; vorausgesetzt wird jedoch, entweder daß der Verpfänder die Sache bereits zu fordern hatte, oder daß der Gläubiger das mangelnde Recht des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung nicht kannte[11]. — Hatte übrigens der Nichteigenthümer mehrere Pfandrechte ungleichzeitig bestellt, so soll nach einer kaum zu rechtfertigenden Bestimmung der Quellen[12], wenn er später das Eigenthum erwirbt, zunächst bloß die erste Verpfändung convalesciren; die spätere hingegen convalescirt erst dann, wenn der frühere Gläubiger befriedigt ist und der Verpfänder in diesem Augenblick noch das Eigenthum der Sache hat; hat er es nicht mehr, so hängt die Convalescenz davon ab, ob der jetzige Eigenthümer der Sache bei dem Erwerbe derselben die spätere Verpfändung kannte oder nicht;

b. wenn der Eigenthümer den Verpfänder beerbt; zwar besteht hierüber in den Quellen eine Antinomie[13], deren Hebung bisher nicht gelungen ist; allein die bejahende Meinung ist vorzuziehen, weil der Erbe die Rechtsgeschäfte des Erblassers anerkennen muß.

2. Servituten werden in den Quellen in zwiefacher Weise als Gegenstand des Pfandrechts bezeichnet: a) die Servitut *besteht*, und der *Servitutberechtigte* will sie verpfänden; dies ist nur bei dem Usufructus möglich[14], weil nur dieser (der Ausübung nach) veräußerlich ist (§ 156 unter 4); b) die Servitut *besteht noch nicht* und der *Eigenthümer* einer Sache will eine Servitut in der Weise verpfänden, daß er dem Gläubiger das Recht einräumt, sie im Falle seiner Nichtbefriedigung einem Dritten für einen Kaufpreis zu bestellen. In den Quellen wird

---

[4] l. 7. § 4. D. qu. m. p. 20, 6; l. 3. § 2. D. qui pot. 20, 4; l. un. C. si comm. res 8, 21. — [5] l. 15. pr. D. de pign. 20, 1; l. 11. § 3. D. qui pot. 20, 4. — [6] l. 16. § 7. D. de pign. 20, 1. — [7] l. 29. § 1. D. de pign. 20, 1; cf. l. 1. § 2. D. de pign. 20, 1. — [8] l. 16. § 1. l. 26. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 20. pr. D. de p. a. 13, 7. — [9] l. 18. D. de pign. 20, 1; l. 14. D. qui pot. 20, 4. — [10] l. 22. D. de pign. 20, 1. — [11] l. 1. pr. D. de pign. 20, 1; l. 3. § 1. D. qui pot. 20, 4; l. 5. C. si al. res 8, 16. — [12] l. 9. § 3. D. qui pot. 20, 4 (Africanus). — [13] Zwischen l. 22. D. de pign. 20, 1 (Modestin) und l. 41. D. de p. a. 13, 7 (Paulus). — [14] l. 11. § 2. l. 15. pr. D. de pign. 20, 1; l. 8. pr. D. qu. m. p. s. 20, 6. —

dies bei dem Usufructus[15] und den Wege- und Wasserservituten[16] für zulässig, bei den Urbanalservituten[17] für unzulässig erklärt; welche Grundsätze hinsichtlich der übrigen Servituten anzuwenden seien, darüber streitet man. Erwägt man, wie wenig das Römische Recht den Eigenthumsbeschränkungen günstig ist (§ 163 i. A.), so gelangt man zu dem Satze: die Verpfändung ist nur hinsichtlich solcher Servituten zulässig, welche der Verkehr unbedingt erheischt, d. h. hinsichtlich des Usufructus, der Wege- und Wasserservituten. — Uebrigens ist es richtiger im vorliegenden Falle (b) statt von einer Servitutenverpfändung vielmehr von einer eingeschränkten Sachverpfändung zu sprechen.

3. Die Emphyteusis und die Superficies kann von dem Emphyteuta resp. dem Superficiar verpfändet werden[18]. Nach der gemeinen Meinung kann auch eine noch nicht bestehende Emphyteuse und Superficies von dem Grundeigenthümer in der Form 2. b verpfändet werden; es ist dies indeß aus dem dort angegebenen Grunde zu verwerfen, wie denn auch die Quellen davon schweigen.

4. Die Pfandsache selbst (wie Viele es ausdrücken: das Pfandrecht selbst) kann als solche d. h. innerhalb der dem Pfandgläubiger daran zustehenden Befugnisse von den letzteren verpfändet werden[19]; es entsteht alsdann ein Afterpfandrecht (sog. subpignus). Ueber die Frage, ob hiemit zugleich die Pfandforderung verpfändet ist, vgl. § 202.

5. Forderungen können, sofern sie cedirbar sind, Pfandobjecte sein[20] (pignus nominis).

6. Die bisher aufgeführten Gegenstände können nicht bloß einzeln (Specialpfand) sondern auch generell unter einem mehr oder minder umfassenden Begriff zusammengefaßt (z. B. eine Heerde, ein Gutsinventar, eine Waarenhandlung) verpfändet werden[21]. Insbesondere kann auch das ganze Vermögen einer Person, das gegenwärtige wie das zukünftige, Gegenstand des Pfandrechts sein[22]; in diesem Falle entsteht eine hypotheca generalis[23], ein Generalpfand; doch gelten bei dem conventionellen Generalpfande diejenigen Sachen nicht als verpfändet, welche der Verpfänder wahrscheinlich auch nicht speciell verpfändet hätte, z. B. die Kleider und der Hausrath[24].

III. Der Entstehungsact.

Vorbemerkung.

Der Entstehungsact ist dreifacher Art: entweder eine Privatdisposition derjenigen Person, welcher das Pfandobject gehört (§ 188), oder eine richterliche Verfügung (§ 189), oder die unmittelbare Bestimmung eines Rechtssatzes (§ 190). Im Fall der Entstehung durch Privatdisposition

[15] l. 11. § 2. l. 15. pr. D. de pign. 20, 1. — [16] l. 12. D. de pign. 20, 1. — [17] l. 11. § 3. D. de pign. 20, 1. — [18] l. 16. § 2. D. de p. a. 13, 7; l. 13. § 3. l. 31. D. de pign. 20, 1; l. 15. D. qui pot. 20, 4; l. 1. § 6. D. de superf. 43, 18. — [19] t. C. 8, 24: si pignus pignori datum sit. — [20] l. 7. C. de her. vel act. v. 4, 39; l. 4. C. h. t. 8, 17. — [21] l. 13. pr. l. 34. pr. D. de pign. 20, 1; l. 11. § 2. D. qui pot. 20, 4. — [22] l. 1. pr. l. 6. l. 15. § 1. l. 34. § 2. D. de pign. 20, 1; l. 9. C. h. t. 8, 17. — [23] l. 9. C. h. t. 8, 17. — [24] ll. 6—9. pr. D. de pign. 20, 1; l. 1. C. h. t. 8, 17.

spricht man von einem freiwilligen Pfande (sog. pig. voluntarium), sonst von einem nothwendigen (sog. pig. necessarium).

A. § 188. Die Privatdisposition.

Vangerow, §§ 372. 373.

Durch Privatverfügung entsteht ein Pfandrecht:

1. Entweder mittels formlosen dinglichen Vertrags[1] (vgl. § 167 unter II. 2); das Pfandrecht heißt alsdann bei den Neueren pignus conventionale. Ist mit dem Vertrag die Besitzesübergabe an den Gläubiger verbunden, so erzeugt sie zugleich eine Obligation, und das Geschäft heißt contractus pigneraticius, Faustpfandvertrag (§ 279), entgegensetzten Falles heißt es bei den Neueren pactum hypothecae. Der Vertrag kann ein selbständiger sein; er kann aber auch in einem Vorbehalt bei Gelegenheit einer Veräußerung bestehen[2] (was namentlich dann zu geschehen pflegt, wenn der Verkäufer den Kaufpreis creditirt, § 290 unter 2).

2. Oder durch ein Vermächtniß in einer letztwilligen Verfügung[3] (§ 439); das Pfandrecht heißt alsdann bei den Neueren pignus testamentarium.

B. § 189. Richterliche Verfügung.

t. C. VIII, 23: si in causa iudicati pignus captum sit. — Vangerow, § 373.

Der Richter kann ein Pfandrecht bestellen:

1. Durch Auspfändung eines verurtheilten Schuldners zum Zweck der Vollstreckung des Urtheils (pignus in causa iudicati captum, sog. pignus iudiciale[1]). Die Reichscivilproceßordnung § 709 hat dieses Pfandrecht bestätigt und es im § 810 auf die mit Arrest belegte bewegliche Sache ausgedehnt. Der Veranlassung entsprechend hat der Gläubiger im vorliegenden Falle kein Recht auf den Besitz der ausgepfändeten Sache, sondern nur darauf, daß er aus dem Erlös, welcher sich bei dem Verkauf der Sache durch den Richter ergibt, befriedigt werde.

2. Durch Einweisung in den natürlichen Besitz (missio in possessionem[2]); hiedurch entsteht das pignus praetorium, sofern die Einweisung behufs Sicherung eines Anspruchs geschieht (nicht etwa behufs Verwirklichung eines solchen z. B. bei dem remedium ex l. ult. C. de ed. div. Hadr. toll., § 435 unter II)[3] und der Gläubiger die Gewahrsam wirklich ergreift[4]. Hieher gehörige Fälle sind: die Einweisung der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners, welche nach Röm. Recht mit der Concurseröffnung verbunden war (§ 233)[5], die Einweisung des Vermächtnißnehmers, wenn der beschwerte Erbe die cautio legatorum

---

[1] l. 1. pr. § 1. D. de p. a. 13, 7; l. 34. § 1. D. de pign. 20, 1. — [2] l. 1. § 4. l. 2. D. de reb. eor. 27, 9. — [3] l. 26. pr. D. de p. a. 13, 7.

[1] l. 7. l. 8. C. quae res pign. 8, 17; l. 15. § 2. l. 31. l. 58. D. de re jud. 42, 1; l. 10. D. qui pot. 20, 4; l. 2. l. 3. C. qui pot. 8, 18; l. 3. § 1. D. de reb. eor. 27, 9. — [2] t. C. de praetor. pignore et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat 8, 22; l. 26. pr. D. de p. a. 13, 7; l. 3. § 1. D. de reb. eor. 27, 9. — [3] l. 3. C. de ed. div. Hadr. toll. 6, 33. — [4] l. 26. § 1. D. de p. a. 13, 7. — [5] l. 12. pr. l. 15. pr. D. de reb. auct. jud. 42, 5.

servandorum verweigert (§ 444 Note 11)[6], die Einweisung des Nachbars eines gefahrdrohenden Grundstücks, wenn für das letztere die cautio damni infecti nicht bestellt wird[7] (§ 315). Der Veranlassung entsprechend hat der Eingewiesene bloß ein Recht auf den Schutz im natürlichen Besitz gegen jeden dritten Besitzer[8], nicht aber (abgesehen von dem Falle des Concurses) ein Recht zum Verkauf des Pfandes.

3. Nicht erwähnt wird in den Quellen, daß der Richter im Theilungsproceß ein Pfandrecht begründen, sowie daß er behufs Execution eines Urtheils, worin der Verklagte zur Bestellung eines Pfandrechts verurtheilt worden ist, das Pfandrecht selbst bestellen kann; doch ist man fast allgemein von der Zulässigkeit überzeugt (vgl. § 168).

C. § 190. Der Rechtssatz.

t. D. XX, 2; t. C. VIII, 15: in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. — Vangerow, §§ 374—376.

Das durch Rechtssatz entstehende Pfandrecht wird in den Quellen als ein solches bezeichnet, welches tacite contrahitur. Es geht aus diesen Worten hervor, daß die ältesten Pfänder dieser Art auf einer Präsumtion beruhten; es war nämlich in gewissen Fällen (bei dem Abschluß eines Mieth- oder Pachtvertrages) die Verpfändung gewisser Gegenstände so sehr gebräuchlich, daß sie selbst dort, wo sie unterblieben war, angenommen wurde, indem man sie als selbstverständlich ansah[1]. Nachdem auf diese Weise der Begriff eines ohne besonderen Verpfändungsact entstehenden Pfandrechts gegeben war, hat die Gesetzgebung namentlich der nachclassischen Kaiser mit vielen Forderungen, sei es wegen der Person des Gläubigers sei es wegen des Inhalts der Forderung, ein Pfandrecht verknüpft, und zwar bald am ganzen (gegenwärtigen und zukünftigen) Vermögen des Schuldners (Generallegalhypothek), bald an einzelnen Stücken seines Vermögens (Speciallegalhypothek). Es sind hierdurch eine Menge Pfandrechte entstanden, welche, weil sie durch kein äußeres Merkmal für dritte Personen erkennbar sind, den bloßen Personalgläubigern äußerst gefährlich sind; und man ist darüber einig, daß gerade deshalb (wie auch wegen der Begründung des Pfandrechts durch das bloße pactum hypothecae) die römische Pfandrechtslehre an erheblichen Mängeln leidet. — Es sollen nunmehr die einzelnen Legalpfandrechte aufgezählt werden.

I. Generallegalhypotheken. Eine solche haben:

1. Der Fiscus wegen aller Forderungen außer den Strafforderungen[2]; Manche beschränken das Pfandrecht auf die Steuern[3] und die Contractsforderungen[4] und leugnen es bei den Forderungen des Fiscus

---

[6] l. 12. D. pro emt. 41, 4; l. 2. pr. D. pro her. 41, 5; l. 3. l. 6. C. ut in poss. leg. 6, 54. — [7] t. D. 39, 2: de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. — [8] l. 2. C. de praet. pignore 8, 22; die gegentheilige Ansicht älterer Juristen s. in l. 1. pr. l. 4. pr. §§ 2. 4. D. ne vis fiat 43, 4; l. 15. § 36. D. de damn. inf. 39, 2.

[1] l. 3. l. 4. pr. l. 5. § 2. l. 6. l. 7. pr. D. h. t. 20, 2; l. 1. pr. D. de migr. 43, 32; l. 61. § 8. D. de furt. 47, 2. — [2] l. 17. l. 37. D. de j. f. 49, 14; l. un. C. poen. f. 10, 7. — [3] l. 1. C. h. t. 8, 15; l. 1. C. si propter publ. p. 4, 46. — [4] l. 28. D. de j. f. 49, 14; l. 2. C. h. t. 8, 15; l. 2. l. 3. C. de priv. f. 7, 73.

an seine Verwaltungsbeamten, doch ist dies gegen den Quellenausspruch: fiscus semper habet ius pignoris [5] und gegen die Vorschrift [6], daß der Fiscus am Vermögen der Primipili (d. h. der Militärintendanten) ein Pfandrecht hat.

2. Der Regent und seine Gemahlin in demselben Umfange wie Fiscus [7].

3. Die Unmündigen, Minderjährigen, Wahnsinnigen am Vermögen ihrer Vormünder wegen ihrer Forderungen aus der Vormundschaft [8]. Wenn die Mutter Vormünderin ist, und, bevor sie den Kindern Rechnung gelegt und ihr Vermögen herausgegeben hat, zur zweiten Ehe schreitet, so erstreckt sich das Pfandrecht auch auf das Vermögen des zweiten Ehemannes [9].

4. Die Kinder und zwar a) am Vermögen ihres Vaters wegen der Güter, welche sie von der Mutter oder den mütterlichen Ascendenten erworben haben, und woran jener den Nießbrauch und die Verwaltung hat [10]; b) am Vermögen des parens binubus wegen der lucra nuptialia (§ 350) [11]; c) am Vermögen des Parens wegen derjenigen Güter, welche ihnen sofort bei der Scheidung oder bei dem Tode des einen Parens zufallen (§ 349) [12].

5. Die Ehefrau am Vermögen ihres Mannes wegen ihrer Dos [13], wegen der donatio propter nuptias [14], und wegen der dem Manne übergebenen Paraphernalcapitalien [15] (nach der Praxis wegen ihres ganzen der Verwaltung des Mannes übergebenen Paraphernalvermögens). Streitig ist, ob diese Pfandrechte zustehen: a) der Braut? dies ist zu verneinen, weil vor der Ehe eine Dos undenkbar ist (§ 333), b) der jüdischen Ehefrau? dies war deshalb streitig, weil die Nov. 109 nur der orthodoxen Ehefrau das Pfandrecht gewährt; gegenwärtig ist es nach dem Bundesgesetz vom 3. Juli 1869 (§ 28 a. E.) zu bejahen; c) der putativen Ehefrau? dies ist zu verneinen, da eine Dos ohne wahre Ehe nicht denkbar ist. — Außer der Ehefrau haben das gleiche Pfandrecht diejenigen Personen, an welche die Dos kraft gesetzlicher Bestimmung nach Auflösung der Ehe fällt [16].

6. Der Ehemann am Vermögen Desjenigen, welcher ihm eine Dos versprochen hat [17].

7. Wenn einem überlebenden Ehegatten etwas unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung hinterlassen worden ist, so hat Derjenige, an welchen das Hinterlassene bei Uebertretung der Bedingung fallen soll, eine Legalhypothek am Vermögen des Bedachten [18].

8. Die Kirche am Vermögen ihres Emphyteuta wegen etwaiger Deteriorationen des emphyteutischen Grundstücks [19].

---

[5] l. 46. § 3. D. de j. f. 49, 14. — [6] l. 4. C. in qu. c. pign. 7, 15; l. 3. C. de primipilo 12, 63. — [7] l. 6. § 1. D. de j. f. 49, 14. — [8] l. un. C. rem al. ger. 4, 53; l. 20. C. de adm. tut. 5, 37; l. 7. §§ 5. 6. C. de cur. fur. 5, 70. — [9] l. 2. C. quando mul. 5, 35; l. 6. C. h. t. 8, 15; Nov. 22. c. 40. — [10] l. 8. § 5. C. de sec. nupt. 5, 9. — [11] l. 6. § 2. l. 8. § 4. C. de sec. nupt. 5, 9. — [12] Nov, 98. c. 1. — [13] l. un. § 1. C. de rei ux. a. 5, 13; § 29. I. de act. 4, 6. — [14] l. 12. § 2. C. qui pot. 8, 19; Nov. 109. c. 1. — [15] l. 11. C. de pact. conv. 5, 14. — [16] l. un. § 1. C. de r. ux. a. 5, 13. — [17] l. un. § 1. C. de rei ux. a. 5, 13; § 29. I. de act. 4, 6. — [18] Nov. 22. c. 44. §§ 2. 3. 9. — [19] Nov. 7. c. 3. § 2.

9. Nach der Praxis haben die Kirchen und Städte eine Legalhypothek am Vermögen ihrer Verwalter wegen ihrer Forderungen aus der Verwaltung, die Städte auch am Vermögen der Stadtbewohner wegen der städtischen Abgaben.

II. Speciallegalhypotheken. Eine solche hat:

1. Der Vermiether[20] eines praedium urbanum an den invecta et illata des Miethers wegen aller Forderungen aus dem Miethcontract[21]. Unter praedium urbanum ist ein nicht zur Fruchtziehung bestimmtes Grundstück: Wohnhaus, Magazin, Stallung, Stätteplatz zu verstehen[22]; unter invecta et illata all' das bewegliche Vermögen des Miethers, welches er für die Dauer in das gemiethete Grundstück eingebracht hat[23]. Wenn der Miether veraftermiethet, so hat er an den Invecten und Illaten des Aftermiethers ein Pfandrecht, der erste Vermiether ein Afterpfandrecht[24].

2. Der Verpächter eines praedium rusticum d. h. eines zur Fruchtziehung bestimmten Grundstücks an dessen Früchten wegen aller Forderungen aus dem Pachtvertrage[25]. Das Pfandrecht bleibt unverändert, auch wenn der Pächter verafterpachtet[26].

3. Derjenige, welcher Geld zum Wiederaufbau eines Gebäudes geliehen hat, an dem wiederhergestellten Hause wegen seiner Darlehnsforderung[27].

4. Der Pupill an den Sachen, welche Jemand (sei es der Vormund sei es ein Dritter) mit seinem Gelde, aber nicht auf seinen Namen angeschafft hat[28]; hatte der Vormund sie angeschafft, so hat der Pupill auch das Recht, die Sachen sofort als sein Eigenthum anzusehen (s. § 131 Note 23).

5. Der Singularvermächtnißnehmer an denjenigen Sachen, welche der Beschwerte vom Erblasser erhalten hat, wegen der Vermächtnißforderung[29]; der Universalvermächtnißnehmer hat es nur in einem einzelnen Falle, nämlich bei dem sog. fideicomm. eius quod supererit[30]; er bedarf seiner nicht in anderen Fällen, da der Fiduciar nach Justinianischem Recht in der Regel keine Veräußerungsbefugniß hat (§ 456 unter 1).

Dritter Titel.

Veränderungen nach entstandenem Pfandrecht.

Vorbemerkung.

Ist das Pfandrecht entstanden, so können bezüglich der Pfandforderung, des Pfandgegenstandes und der Person des Pfandgläubigers Aenderungen eintreten; diese sind näher zu betrachten.

---

[20] l. 3. l. 4. D. h. t. 20, 2. — [21] l. 2. l. 4. l. 7. D. h. t 20, 2. — [22] l. 3. l. 4. § 1. D. h. t. 20, 2. — [23] l. 2. l. 3. l. 4. pr. l. 6. D. h. t. 20, 2; l. 4. pr. D. de pact. 2, 14. — [24] l. 11. § 5. D. de p. a. 13, 7; l. 5. pr. D. h. t. 20, 2. — [25] l. 7. pr. D. h. t. 20, 2. — [26] l. 24. § 1. l. 53. D. loc. 19, 2. — [27] l. 1. D. h. t. 20, 2. — [28] l. 3. pr. D. de reb. eor. 27, 9; l. 6. C. de s. p. d. 7, 8. — [29] l. 1. C. comm. de leg. 6, 43. — [30] Nov. 108. c. 2.

A. § 191. Bezüglich der Pfandforderung.

Vangerow, §§ 365. 370.

1. Vermindert sich die Pfandforderung aus irgend einem Grunde, so dauert das Pfandrecht unverändert für den Rest fort[1]. Auch wenn die Forderung oder Schuld sich in mehrere Theile spaltet (z. B. wenn der Gläubiger oder Schuldner von Mehreren beerbt wird), so bleibt für jede Theilforderung das Pfandrecht unverändert bestehen[2]; man hat deshalb früher das Pfandrecht ein untheilbares Recht genannt — ein unpassendes Wort, da das Pfandrecht unzweifelhaft an intellectuellen Theilen einer Sache bestehen kann; hiemit in Uebereinstimmung wird in den Quellen[3] pignoris causa als indivisa, nicht aber als individua bezeichnet.

2. Vermehrt sich die Pfandforderung oder verändert sich ihr Inhalt (namentlich durch Culpa und Mora des Schuldners, durch Auslagen des Pfandgläubigers für das Pfand, durch die Kosten der Beitreibung der Schuld und des Pfandverkaufs), so erstreckt sich das Pfandrecht auch hierauf[4]. Entsteht aber eine Nebenforderung durch ein besonderes Rechtsgeschäft (eine Forderung auf vertragsmäßige Zinsen, auf Conventionalstrafe), so erstreckt sich das Pfandrecht hierauf nur dann, wenn der Verpfändungswille auch hierauf gerichtet war; dies ist z. B. dann anzunehmen, wenn ein Zinsversprechen schon zur Zeit der Verpfändung abgegeben war oder gleichzeitig abgegeben wird, nicht aber wenn es erst später erfolgt[5]. — Auf selbständige Forderungen, welche der Pfandgläubiger an den Verpfänder außer der Pfandforderung hat, bezieht sich das Pfandrecht nicht; doch steht ihm zuweilen deshalb ein Retentionsrecht zu (§ 200).

B. § 192. Bezüglich des Pfandgegenstandes.

Vangerow, § 370.

1. Vermindert sich die Sache, so wird auch das Pfandrecht hievon betroffen; doch haftet der Verpfänder (nach den Grundsätzen des contractus pigneraticius resp. der lex Aquilia, §§ 279. 313), wenn die Verminderung durch seine Schuld entstanden ist.

2. Vermehrt sich der Pfandgegenstand in seinen Theilen, so sind auch diese dem Pfandrecht unterworfen; so das Gebäude, welches auf einem verpfändeten Grundstücke erbaut wird[1], die Alluvion, durch welche ein verpfändetes Grundstück vergrößert wird[2]. (Das Gleiche gilt, wenn die Befugnisse des Verpfänders sich vermehren, z. B. wenn er eine Prädialservitut zu Gunsten des verpfändeten Grundstücks[3] erwirbt, wenn

---

[1] l. 6. C. de dist. p. 8, 28; l. 85. § 6. D. de v. o. 45, 1; l. 19. D. de pign. 20, 1. — [2] l. 8. § 2. D. de pign. a. 13, 7; l. 25. § 14. D. fam. erc. 10, 2; l. 16. C. de distr. p. 8, 28; l. 1. C. si unus ex pl. 8, 32. — [3] l. 65. D. de ev. 21, 2. — [4] l. 8. § 5. D. de pign. a. 13, 7; l. 6. C. de pign. 8, 14. — [5] l. 4. C. de us. 4, 32; l. 8. § 5. D. de pign. 13, 7; l. 13. § 6. D. de pign. 20, 1; l. 18. l. 20. D. qui pot. 20, 4.

[1] l. 29. § 2. l, 35. D. de pign. 20, 1; l. 21. D. de pign. a. 13, 7. — [2] l. 16. pr. D. de pign. 20, 1; l. 18. § 1. D. de pign. a. 13, 7. — [3] l. 16. D. de serv. 8, 1; l. 9. D. de o. n. n. 39, 1.

ein an der Pfandsache haftender Nießbrauch aufgehoben wird)[4]. Anders hingegen sind selbständige Sachen zu beurtheilen, welche der Verpfänder auf Grund seines Eigenthums am Pfande erwirbt[5], wie der Schatz, die insula in flumine nata, der alveus relictus: sie sind dem Pfandrechte nicht unterworfen. — Ob die Erzeugnisse der Pfandsache unter das Pfandrecht fallen, ist bestritten. In einer Stelle von Paulus[6], welche nicht in die Justinianische Compilation aufgenommen ist (welche also jedenfalls heute nicht gilt, und wahrscheinlich corrumpirt ist) wird die Frage verneint; in der Justinianischen Compilation selbst wird sie nach den Grundsätzen der stillschweigenden[7] Verpfändung zukünftiger Sachen (§ 187 Note 5. 7) behandelt, d. h. die Erzeugnisse sind dem Pfandrechte unterworfen, wenn sie im Augenblick der Separation ins Eigenthum des Verpfänders fallen, nicht aber, wenn der Verpfänder das Eigenthum der erzeugenden Sache vor der Separation der Erzeugnisse veräußert hat[8]. Frühere Juristen behaupteten allgemein (einige heutige Juristen behaupten es noch bezüglich des partus ancillae), daß die Erzeugnisse schon dann unter das Pfandrecht fallen, wenn sie nur beim Verpfänder entstanden sind, daß also die Veräußerung der erzeugenden Sache vor der Separation der Erzeugnisse dem Pfandgläubiger nicht nachtheilig sei; scheinbar wird diese Ansicht durch l. 1. pr. D. de salv. int. XLIII, 33 bestätigt, nach welcher der Pfandgläubiger einer speciell verpfändeten Sklavin das Kind derselben, trotzdem es erst bei dem Käufer der Sklavin geboren wurde, abfordern kann; allein diese Entscheidung beruht darauf, daß der Verkauf einer speciell verpfändeten beweglichen Sache ein Furtum involvirt (§ 185 Note 5), mithin das Erzeugniß nicht in das Eigenthum des Käufers sondern in das des Verpfänders gelangt.

3. Einer besonderen Erörterung bedarf eine Mehrheit von Sachen, welche unter einer gemeinsamen Bezeichnung verpfändet worden sind. Nach den Quellen erstreckt sich bei Verpfändung einer Heerde das Pfandrecht auf alle später zutretenden Stücke[9]; andererseits werden bei Verpfändung eines Waarenlagers die nach der Verpfändung veräußerten Stücke von dem Pfandrecht frei[10]. Diese Entscheidungen sind nach richtiger aber bestrittener Meinung Folgerungen aus dem präsumtiven Verpfändungswillen; sie können daher unbeachtet gelassen werden, wo der Wille ein anderer gewesen ist.

4. Besteht das Pfandrecht am ganzen Vermögen, so fällt darunter nach einer Entscheidung Justinians[11] das ganze gegenwärtige (eine Ausnahme s. in § 187 Note 24) und zukünftige Vermögen; die nach entstandenem Pfandrecht veräußerten Sachen bleiben also dem Pfandrecht unterworfen[12].

---

[4] l. 18. § 1. D. de pign. a. 13, 7. — [5] Arg. l. 9. § 4. D. de usufr. 7, 1; l. 3. § 2. D. de aqua 43, 20. — [6] Sent. rec. II, 5. § 2. — [7] l. 3. C. ex qu. c. pign. 8, 15. — [8] l. 29. § 1. l. 26. § 2. D. de pign. 20, 1; l. 1. C. de partu pign. 8, 25. — [9] l. 13. pr. D. de pign. 20, 1. — [10] l. 34. pr. D. de pign. 20, 1. — [11] l. 9. C. quae res pign. 8, 17. — [12] l. 47. pr. D. de j. f. 49, 14; l. 8. § 5. C. de sec. nupt. 7, 9; l. 1. C. de conv. fisc. deb. 10, 2.

C. § 193. Bezüglich der Person des Pfandgläubigers.

Schmid, die Grundlehren der Cession, I. 279—352. 1864. — Vangerow, §§ 377. 378.

Die Person des Gläubigers ändert sich dadurch, daß Jemand in die Forderung succedirt, sei die Succession eine universelle (z. B. Erbschaft) oder eine singuläre (Cession, § 248); auf den neuen Gläubiger geht mit der Forderung auch das Pfandrecht über [1]. — In einigen Fällen geht das Pfandrecht, seine accessorische Natur aufgebend, von einer Forderung auf eine andere über, so daß ein neuer Gläubiger bloß in das Pfandrecht des bisherigen Pfandgläubigers succedirt, und zwar in demjenigen Umfange, in welchem diesem das Pfand für seine Forderung bisher haftete. Für diese Fälle ist die hergebrachte Bezeichnung „hypothekarische Succession" eine treffende; die Fälle selbst sind folgende:

1. Bei der Novation einer Forderung, für welche ein Pfand haftet, kann das bestehende Pfandrecht durch Abrede mit dem Eigenthümer des Pfandes auf die neue durch die Novation entstehende Forderung übertragen werden [2]. Der Zweck ist: es soll der Gläubiger durch die Novation nicht um seine bisherige Priorität vor nachstehenden Pfandgläubigern gebracht werden.

2. Wer zur Bezahlung eines vorstehenden Pfandgläubigers Geld hergibt, und sich dafür ein Pfandrecht an der Pfandsache ausbedingt, tritt, wenn der vorstehende Pfandgläubiger mit dem Dargeliehenen befriedigt wird, in dessen Pfandrecht ein [3]. In gleicher Weise wird es beurtheilt, wenn Jemand ein Pfand kauft, damit aus dem Kaufpreis ein vorstehender Pfandgläubiger befriedigt werde, und diese Befriedigung erfolgt [4]; der Käufer hat in diesem Falle ein Pfandrecht ohne alle Forderung und an eigener Sache (§ 185 unter 2 und 3). Der Zweck der Annahme einer hypothekarischen Succession in den vorliegenden Fällen ist: es soll Derjenige, welcher das Geld hergibt, die Priorität des Befriedigten vor nachstehenden Pfandgläubigern erlangen.

3. Ein nachstehender Pfandgläubiger kann dem vorstehenden die Auszahlung seiner Forderung anbieten (ius offerendi) [5], und er tritt, wenn die Auszahlung geschehen oder wenn statt ihrer (weil der Gläubiger die Annahme verweigert) die gerichtliche Deposition erfolgt ist [6], in das Pfandrecht des Befriedigten ein. Er kann das ius off. selbst dann geltend machen, wenn der vorstehende Gläubiger oder der Bürge des Pfandschuldners das Pfand, um sich Befriedigung zu verschaffen, vom Verpfänder gekauft haben [7]. — Es ist streitig, ob auch dem vorstehenden Pfandgläubiger das ius offer. gegenüber dem nachstehenden zukommt; die Justinianische

[1] l. 6. D. de her. vel act. v. 18, 4; l. 6. l. 7. C. de o. et a. 4, 10. — [2] l. 11. § 1. D. de pign. a. 13, 7; l. 3. pr. l. 12. § 5. l. 21. pr. D. qui pot. 20, 4. — [3] l. 12. § 8. D. qui pot. 20, 4; l. 3. D. quae res pign. 20, 3; l. 1. C. de his qui in prior. cred. 8, 19. — [4] l. 17. D. qui pot. 20, 4; l. 3. § 1. D. de distr. pign. 20, 5; l. 3. C. de his qui in prior. cred. 8, 19. — [5] l. 12. §§ 6. 9. l. 16. l. 20. D. qui pot. 20, 4; l. 5. pr. D. de distr. pign. 20, 5; l. 22. C. de pign. a. 8, 14; l. 5. C. qui pot. 8, 18; l. 4. C. de his qui in prior. cred. 8, 19. — [6] l. 1. C. qui pot. 8, 18. — [7] l. 2. D. de distr. p. 20, 5; l. 1. C. si antiq. 8, 20.

Compilation behandelt die Frage nicht; in einer Stelle von Paulus[8], welche in die Justinianische Compilation nicht aufgenommen ist, wird sie bejaht, und auch innere Gründe sprechen für die Bejahung. — Das ius offerendi geht durch Verjährung unter, wenn der eine Pfandgläubiger den anderen bei Lebzeiten des Schuldners vierzig Jahre lang, nach dessen Tode dreißig Jahre lang im Besitz des Pfandes gelassen hat[9]. — Der Zweck der Annahme einer hypothekarischen Succession in dem vorliegenden Falle ist derselbe wie ad 2.

4. Ist dem nachstehenden Pfandgläubiger einer Sache noch eine andere Sache verpfändet, und gestattet er den Verkauf der letzteren, damit der vorstehende Pfandgläubiger der ersteren aus dem Erlös befriedigt werde, so tritt er, wenn dies geschehen ist, in dessen Pfandrecht ein[10]. Der Zweck der Annahme einer hypothekarischen Succession im vorliegenden Falle ist derselbe wie ad 2.

Im Vorstehenden ist die hypothekarische Succession als eine Succession in ein bestehendes Pfandrecht und bloß in dieses aufgefaßt worden. Viele Juristen halten aber die Anomalie, welche in dieser Ansicht liegt, für eine exorbitante, und sie haben andere Erklärungen zu geben versucht:

a. Die Meisten behaupten, daß nicht bloß das Pfandrecht, sondern auch die Forderung des bisherigen Pfandgläubigers durch sog. cessio legis (§ 249 unter 3) auf den neuen Gläubiger übergehe. Diese Meinung wird in den Quellen mit keinem Worte angedeutet; in dem Falle 1. ist sie schlechterdings unmöglich, daher auch die Meisten diesen Fall ausnehmen.

b. Einige behaupten, daß weder die Forderung noch das Pfandrecht des bisherigen Pfandgläubigers auf den jetzigen Gläubiger übergehe, sondern daß dieser eine neue Forderung und ein neues Pfandrecht erwerbe, daß dieses Pfandrecht aber nach gesetzlicher Vorschrift die gleiche Kraft, namentlich die gleiche Priorität, wie das des bisherigen Pfandgläubigers genieße. Diese Ansicht ist gegen die Entscheidungen der Quellen[11].

Vierter Titel.

Die Rechte des Pfandgläubigers.

I. Bei körperlichen Sachen.

Vorbemerkung.

Der größeren Deutlichkeit der Darstellung wegen sollen die Rechte des Pfandgläubigers bei körperlichen Sachen von denen bei anderen Sachen getrennt erörtert werden. — Zwei Rechte stehen dem Pfandgläubiger an körperlichen Sachen regelmäßig zu: das Recht zum Besitz (§ 194 sq.) und das zum Verkauf (§ 198); zuweilen hat er noch ein Zuschlagsrecht (§ 199), ein Retentionsrecht (§ 200), ein Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht (§ 201).

---

[8] Sent. rec. II, 13. § 8. — [9] l. 7. § 3. C. de pr. 30 annor. 7, 39. — [10] l. 12. § 9. D. qui pot 20, 4. — [11] l. 11. § 1. D. de pign. a. 13, 7; l. 7. §§ 5. 6. l. 12. D. de reb. eor. 27, 9; l. 38. pr. D. de leg. 3. (32).

A. Das Recht auf den Besitz.

1) § 194. Die allgemeinen Grundsätze.

Der Faustpfandgläubiger sowie der hypothekarische Gläubiger, welcher hinterher den Besitz des Pfandes erlangt hat, werden, da sie abgeleiteten juristischen Besitz haben (§ 112), in demselben (in dem ius possessionis, § 112 unter II. 1) durch die possessorischen Interdicte gegen eigenmächtige Verletzungen geschützt [1]. Prätorische Pfandgläubiger (§ 189) haben einen ähnlichen Anspruch auf Schutz in ihrem natürlichen Besitz (§ 76 Note 17. 18). Die Pfandgläubiger (außer dem Inhaber des pignus in causa iudicati captum) haben aber überhaupt ein Recht auf den Besitz (ein ius possidendi, vgl. § 125), und sie können dies gegen jeden Besitzer des Pfandes (gegen jeden Dritten) geltend machen. Behufs gerichtlicher Geltendmachung des Rechtes auf Besitz stehen dem Pfandgläubiger zwei Klagen zu: die act. hypothecaria und das int. Salvianum.

2) Die Klagen zum Schutz des Rechts auf den Besitz.

a. § 195. Actio hypothecaria.

Vangerow, § 389.

Die act. hypothecaria (utilis Serviana, quasi Serviana, Serviana schlechthin, auch pigneraticia in rem actio) ist eine pignoris vindicatio [1], d. h. sie ist der rei vindicatio des Eigenthümers nachgebildet. Sie soll daher ähnlich wie diese dargestellt werden.

1. Voraussetzungen der Klage. Kläger ist der Pfandgläubiger einer Sache, welcher diese nicht besitzt. Gleichgiltig ist es, daß die Forderung noch nicht fällig ist [2], und zwar nicht bloß bei dem Faustpfandgläubiger (wie Einige meinen), sondern auch bei dem hypothekarischen Gläubiger, denn auch der letztere hat ein Interesse, schon vor der Fälligkeit ein Erkenntniß zu erstreiten, welches ihm erforderlichen Falles später bei Fälligkeit der Schuld sofort zum Besitz des Pfandes verhilft; nicht aber kann er die Herausgabe des Pfandes schon vor der Fälligkeit verlangen. — Verklagter ist Derjenige, welcher das Pfand hat, sei er juristischer Besitzer oder ein Inhaber der Sache, sei er der Verpfänder selbst oder ein Dritter. Auch der sog. fictus possessor haftet (§ 150) [3]. — Derjenige Gläubiger, welchem der redliche Besitzer einer Sache ein Pfandrecht bestellt hat, kann die act. hypothecaria publicianisch anstellen [4], d. h. er dringt (wie der redliche Besitzer selbst) nur gegen Denjenigen, welcher ein schlechteres Recht an der Sache hat, durch (§ 155 unter 2).

2. Der Beweis ist den Voraussetzungen der Klage entsprechend. Der Kläger muß beweisen [5], a) daß er Pfandgläubiger sei resp. daß der redliche Besitzer ihm ein Pfandrecht bestellt habe; b) daß der Verklagte die Sache habe resp. als fictus possessor zu behandeln sei.

---

[1] l. 1. § 9. D. de vi 43, 16; l. 6. § 4. D. de prec. 43, 26.

[1] l. 16. § 3. D. de pign. 20, 1. — [2] l. 14. pr. D. de pign. 20, 1. — [3] l. 16. § 3. D. de pign. 20, 1. — [4] l. 18. pr. D. de pign. 20, 1. — [5] l. 10. C. de pign. a. 4, 24; l. 23. D. de prob. 22, 3; l. 15. § 1. D. de pign. 20, 1.

3. Die Verpflichtungen des Verklagten sind nach denselben Grundsätzen wie bei der rei vindicatio zu beurtheilen[6]; die Klage geht also auf Herausgabe der Sache nebst allem aus derselben gezogenen Gewinn. Jedoch finden folgende Abweichungen statt:

a. Hinsichtlich der Sache selbst[7]. Kommt es zu Geldcondemnation, so wird der Verklagte, wenn es nicht der Verpfänder selbst ist, auf den ganzen Werth der Sache verurtheilt, und es muß dann der Kläger dem Verpfänder den Ueberschuß über die Pfandforderung herausgeben; der verklagte Verpfänder selbst wird höchstens auf den Betrag der Pfandforderung verurtheilt.

b. Hinsichtlich der Früchte[8]. Von diesen muß der Verklagte, mag er redlicher oder unredlicher Besitzer der Sache sein, für die Zeit vor der Litiscontestatio nur die fructus exstantes, für die Zeit nach derselben alle (fr. percepti und percipiendi) herausgeben, beides aber nur dann, wenn die Sache selbst zur Befriedigung des Gläubigers nicht zureicht. Viele Juristen behaupten, daß die zur Zeit der Litiscontestation noch vorhandenen Früchte nur dann herausgegeben werden müssen, wenn sie unter das Pfandrecht fallen (§ 192 Note 7. 8); allein hiegegen sprechen sowohl die Quellen[9] als innere Gründe: die zur Zeit der Litiscontestation vorhandenen Früchte folgen immer der erzeugenden Sache (§ 134 N. 12).

4. Einreden des Verklagten. Der Verklagte kann der Klage ähnliche Einreden wie der rei vindicatio entgegensetzen[10] (§ 153); ferner die Einreden aus der Forderung, jedoch können höchstpersönliche Einreden nur vom Schuldner selbst eingewendet werden. Folgende Einreden sind der act. hypothecaria eigenthümlich:

a. Die exc. excussionis. Es kann nach einer Novelle Justinians[11] ein dritter Besitzer des Pfandes verlangen, daß der Pfandgläubiger zuerst den Schuldner und dessen Bürgen (vorausgesetzt, daß sie nicht insolvent sind, sowie daß eine persönliche Klage überhaupt vorhanden ist) mit der persönlichen Klage belange, und daß er erst, wenn dies vergeblich geschehen, sich an das Pfand halte (exc. excussionis personalis). Es kann ferner nach derselben Novelle, wenn sowohl der Schuldner selbst als sein Bürge ein Pfand bestellt haben, der dritte Besitzer des letzteren verlangen, daß der Pfandgläubiger sich zunächst an das erstere, und erst wenn dies nicht ausreicht, an das letztere halte (exc. excussionis realis, doch sprechen viele Juristen unpassender Weise hier von einem zweiten Falle der exc. excussionis personalis). Es kann endlich nach einem Rescript von Severus[12], wenn Jemand demselben Gläubiger zuerst einige Sachen speciell, hierauf aber sein ganzes Vermögen zu Pfand bestellt hat und sodann einem anderen Gläubiger einige zu letzterem gehörige Stücke verpfändet, der letztere von dem ersteren verlangen, daß er sich zunächst an die ihm speciell verpfändeten Sachen und erst, wenn sie nicht ausreichen, an die letzteren halte (zweiter Fall der exc. excussionis realis). Mit Recht dehnen viele Juristen diese Bestimmung auf jeden Besitzer der dem

---

[6] l. 16. § 3. l. 21. § 3. D. de pign. 20, 1. — [7] l. 21. § 3. D. de pign. 20, 1. l. 16. § 6. eod. — [8] l. 16. § 4. D. de pign. 20, 1. — [9] l. 16. § 4. cit. — [10] cf. l. 29. § 2. D. de pign. 20, 1. — [11] Nov. 4. c. 2. — [12] l. 2. C. de pign. 8, 14; cf. l. 9. C. de distr. pign. 8, 28.

Generalpfand unterworfenen Sachen aus; denn bei Bestellung eines Generalpfandes an einen Gläubiger, welcher bereits Specialpfänder hat, ist die Meinung der Parteien offenbar dahin gerichtet, daß das Generalpfandrecht erst bei Nichtausreichen der Specialpfänder ausgeübt werden solle.

b. Die Einrede des besseren oder gleichen Pfandrechts[13].

c. Der Verklagte wendet seine Verurtheilung dadurch ab, daß er dem Gläubiger die Zahlung seiner Forderung anbietet[14]. Ist er rechtmäßiger Besitzer des Pfandes, so muß ihm der Kläger auf sein Verlangen bei der Zahlung seine Forderung abtreten[15], so daß möglicherweise Eigenthum und Pfandrecht neben einander bestehen (§ 185 unter 2).

d. Die Einrede der Verjährung; die act. hyp. verjährt gegen den Pfandschuldner und dessen Erben, sowie gegen den nachstehenden Pfandgläubiger bei Lebzeiten des Schuldners in 40, gegen andere Besitzer in 30 Jahren[16].

b. § 196. Interdictum Salvianum.

t. D. XLIII, 33: de Salviano interdicto. — t. C. VIII, 9: de precario et Salviano edicto. — Vangerow, § 390.

Die Grundsätze, welche das Römische Recht über das int. Salvianum aufgestellt hat, sind in vielen Punkten streitig. Fest steht, daß es zum Schutz des Verpächters eingeführt wurde, welchem der Pächter wegen der Forderungen aus dem Pachtcontract ein Pfändungsrecht an den invecta et illata eingeräumt hatte[1] (§ 184); ferner steht fest, daß der Kläger bloß die Thatsache der Verpfändung, nicht auch das Eigenthum des Pächters an dem Pfande nachzuweisen hatte[2]. Streitig aber ist:

1. ob es bloß gegen den Pächter oder auch gegen dritte Besitzer gerichtet werden könne. In dieser Beziehung findet sich in den Quellen eine Antinomie zwischen den Digesten einerseits[3] (mit welchen die Paraphrase der Institutionen von Theophilus[4] übereinstimmt) und dem Codex[5] andererseits, deren Lösung bisher vergeblich versucht worden ist; der dinglichen Natur des Pfandrechts entspricht die Digestenstelle, nach welcher das Interdict auch gegen dritte Besitzer angestellt werden kann;

2. ob es bloß dem Verpächter zustehe oder auf andere Pfandgläubiger ausgedehnt worden sei; mehrere Stellen[6] ergeben mit hoher Wahrscheinlichkeit das letztere;

3. ob die Entscheidung des Richters ein definitives Urtheil über das Pfandrecht enthalte oder ein bloß provisorisches, so daß behufs Herbeiführung eines definitiven Urtheils andere Rechtsmittel (act. hypothecaria, rei vindicatio) zulässig sind. Die letztere Meinung wird in den Quellen ausdrücklich bestätigt[7].

In der heutigen Praxis steht das Interdict jedem Pfand-

[13] l. 12. pr. § 7. D. qui pot. 20, 4; l. 10. D. de pign. 20, 1. — [14] l. 12. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6; l. 16. § 3. D. de pign. 20, 1; l. 11. § 4. D. qui pot. 20, 4. — [15] l. 19. D. qui pot. 20, 4. — [16] l. 7. pr. — § 2. C. de pr. 30. ann. 7, 39.

[1] § 3. i. f. I. de int. 4, 15. — [2] Gai. 4, 147; § 3. I. de int. 4, 15: l. 2. D. h. t. 43, 33. — [3] l. 1. pr. § 1. D. h. t. 43, 33. — [4] Theoph. paraph. zu § 3. I. de int. 4, 15. — [5] l. 1. C. h. t. 8, 9. — [6] l. 2. § 3. D. de int. 43, 1; Paul. sent. rec. 5, 6. § 16; l. 1. C. h. t. 8, 9; l. 3. C. de pign. 8, 14. — [7] l. 2. D. h. t. 43, 33.

gläubiger gegen jeden Pfandbesitzer als provisorisches Rechtsmittel zu; das Pfandrecht braucht nicht bewiesen, sondern nur bescheinigt (d. h. wahrscheinlich [glaubhaft] gemacht) zu werden; illiquide Einreden sind unzulässig. Das Verfahren erfolgte bisher nach den Grundsätzen des sog. unbestimmten summarischen Verfahrens; ein solches Verfahren ist der Reichscivilproceßordnung unbekannt, die Beschleunigung ist im ordentlichen Verfahren durch Abkürzung der Proceßfristen anzustreben (vgl. § 204 der Reichscivilproceßordnung).

c. § 197. Andere Klagen.

Vangerow, Vorbemerkung vor § 389.

Da der Pfandgläubiger ein Recht zum Besitz und zum Verkauf der Sache hat, so ist es sein Interesse, daß das Pfand unverletzt bleibe; daher stehen ihm zahlreiche Rechtsmittel (utiliter) zu, um geschehene Verletzungen zu beseitigen und um drohenden Verletzungen vorzubeugen; namentlich die act. negatoria, confessoria [1], finium regundorum [2], legis Aquiliae [3], furti [4]; er kann ferner cautio damni infecti verlangen [5], opus novum nuntiare [6], das int. quod vi aut clam anstellen [7].

B. § 198. Das Recht zum Verkauf.

t. D. XX, 5: de distractione pignorum et hypothecarum. — t. C. VIII, 28: de distractione pignorum. — Vangerow, §§ 379. 380. 383.

Das Verkaufsrecht ist (abgesehen von den Fällen des pignus praetorium, § 189) seit dem 3. Jahrhundert n. Chr. ein wesentliches Recht des Pfandgläubigers (§ 184 N. 3. 4).

1. Die Ausübung des Verkaufsrechts hängt einerseits vom Belieben des Pfandgläubigers ab (es kann ihn Niemand zwingen, davon Gebrauch zu machen) [1], andererseits kann er nur dann veräußern:

a. wenn er nicht befriedigt wird, trotzdem seine Forderung ganz oder theilweis fällig ist [2]; ist die Nichtbefriedigung durch eine mora accipiendi des Pfandgläubigers veranlaßt worden, so verliert er nach einer Verordnung Gordians [3] das Verkaufsrecht erst dann, wenn der Schuldner den Schuldgegenstand gerichtlich deponirt — was kaum zu rechtfertigen ist;

b. wenn er dem Schuldner angezeigt hat, daß er, weil er nicht befriedigt sei, verkaufen werde [4]; die Anzeige muß dreimal geschehen, wenn der Pfandgläubiger (unwirksamer Weise, s. unten 4) auf das Verkaufsrecht verzichtet hat [5]; sie kann ganz unterbleiben, wenn der Schuldner bereits durch richterliches Erkenntniß zur Zahlung verurtheilt ist [6];

c. wenn zwei Jahre nach der Anzeige resp. nach dem Urtheil ab-

---

[1] l. 16. D. de serv. 8, 1. — [2] l. 4. § 9. D. fin. reg. 10, 1. — [3] l. 17. pr. l. 30. § 1. D. ad l. Aq. 7. 9, 2. — [4] l. 12. § 2. D. de cond. furt. 13, 1; l. 15. pr. l. 87. D. de furt. 47, 2. — [5] l. 11. D. damn. inf. 39, 2. — [6] l. 9. D. de o. n. n. 39, 1; l. un. § 5. D. de rem. 43, 25. — [7] l. 11. § 14. D. vi aut. cl. 43, 24.

[1] l. 6. pr. D. de pign. a. 13, 7. — [2] l. 4. D. h. t. 20, 5; l. 5. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6. — [3] l. 2. C. deb. vendit. 8, 29; l. 8. C. h. t. 8, 28; früheres Recht in l. 6. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6; l. 5. C. h. t. 8, 28. — [4] l. 3 § 1. C. de jure dom. imp. 8, 34. — [5] l. 4. D. de pign. a. 13, 7; l. 1. C. deb. vend. 8, 29. — [6] l. 3. § 1. C. de jure dom. imp. 8, 34.

gelaufen sind, ohne daß eine Befriedigung des Pfandgläubigers erfolgte[7]; bei dem pignus in causa iudicati captum (§ 189) kann der Verkauf schon zwei Monate nach der Auspfändung geschehen[8];

d. wenn er der erste (resp. der einzige) Pfandgläubiger ist (§ 203 sq.); zwar sprechen Viele jedem Pfandgläubiger das Verkaufsrecht zu, und behaupten, daß der Verkauf Seitens eines nachstehenden nur von einem vorstehenden Pfandgläubiger, nicht aber von einem Dritten angefochten werden könne; allein in den Quellen wird wiederholentlich dem nachstehenden Pfandgläubiger erst nach Befriedigung des vorstehenden die Befugniß zur Ausübung des Verkaufsrechts zugeschrieben[9], ja er wird sogar, wenn er eine bewegliche Sache absichtlich durch Verkauf bei Seite bringt, als Dieb erklärt[10].

Nach der Meinung einiger Juristen setzt die Ausübung des Verkaufsrecht ferner voraus, daß der Schuldner im Verzug (§ 240) und daß die Schuld liquid (unbestritten) sei. Allein wenngleich der Schuldner meist im Verzug sein wird, so wird er es doch nicht immer sein, z. B. wenn das Pfand für eine Naturalobligation haftet (§ 240 Note 3); auch wird nirgends in den Quellen der Verzug des Schuldners als nothwendige Voraussetzung für die Ausübung des Verkaufsrechtes erwähnt. Dasselbe gilt von der Liquidität der Forderung.

2. Die Art und Weise des Verkaufs ist bei dem pignus in causa iudicati captum eine öffentliche Versteigerung durch den Richter[11], nach der Reichscivilproceßordnung § 716 ff. durch den Gerichtsvollzieher. Bei anderen Pfändern muß nach Römischem Recht bloß, wenn der Fiscus der Pfandgläubiger ist, der Verkauf öffentlich geschehen[12]; überall sonst kann er privatim durch den Pfandgläubiger erfolgen[13]; nur soll der Pfandgläubiger dabei wie ein ehrlicher Mann handeln und einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen suchen (sonst haftet er dem Verpfänder auf Entschädigung)[14], und dies wird ihm oft nur bei öffentlichem Verkauf gelingen. Nach deutschen Particularrechten geschieht der Verkauf der Immobilien, vielfach auch der Mobilien in Form der gerichtlichen Versteigerung (Subhastation resp. Auction), und dabei wird die zweijährige Frist (oben 1. c) nicht abgewartet; gewisse privilegirte Institute, z. B. die öffentlichen Leihhäuser, können selbst verkaufen, müssen es aber in öffentlicher Versteigerung thun. — Als Käufer kann weder der Verpfänder selbst noch der Pfandgläubiger (durch eine untergeschobene Person) auftreten; jener nicht, weil Niemand seine eigene Sache kaufen kann[15] (§ 286 Note 15); dieser nicht, weil das Interesse des Verpfänders gefährdet ist[16]. Der Bürge des Schuldners und ein späterer Pfandgläubiger kann zwar kaufen, muß aber die Sache gegen Ersatz seiner Auslagen dem Verpfänder auf sein

---

[7] l. 3. § 1. cit. — [8] l. 31. D. de re jud. 42, 1. — [9] l. 1. l. 5. pr. D. de dist. p. 20, 5; l. 8. C. qui pot. 8, 18; l. 12. § 9. D. qui pot. 20, 4; cf. l. 15. § 5. D. de re jud. 42, 1; l. 22. § 1. D. de j. f. 49, 14. — [10] l. 1. D. de distr. pign. 20, 5. — [11] l. 2. C. si in c. jud. 8, 23; l. 3. C. de exc. rei jud. 7, 53. — [12] l. 3. C. si adv. fisc. 2, 37; l. 1. l. 2. l. 4. l. 6. C. de fide et jure hastae 10, 3; l. 16. C. de resc. vend. 4, 44. — [13] l. 3. § 1. C. de jure dom. imp. 8, 34. — [14] l. 4. l. 7. l. 9. C. h. t. 8, 28; l. 1. l. 4. C. si vend. pign. 8, 30; l. 10. C. de in diem add. 18, 2. — [15] l. 39. D. de c. e. 18, 1; l. 40. pr. § 1. D. de pign. a. 13, 7. — [16] l. 10. C. h. t. 8, 28; Paul. sent. rec. II, 12. § 4.

Verlangen herausgeben[17]; denn ihr Kauf wird bloß als eine Ausübung des ius offerendi angesehen.

3. Die Wirkungen des Verkaufs sind folgende:

a. Für den Käufer. Er kann die Uebergabe der Sache vom Pfandgläubiger verlangen; wenn aber dieser das Pfand nicht besitzt, und der Käufer bei Abschluß des Kaufvertrages dies gewußt hat, so muß er sich mit der Abtretung des Besitzrechtes begnügen[18]. Durch die Uebergabe des Pfandes wird der Käufer Eigenthümer, vorausgesetzt, daß er den Kaufpreis gezahlt oder creditirt erhalten hat[19]; sein Eigenthum ist frei von allen Lasten, welche später als das Pfandrecht des verkaufenden Gläubigers auf die Sache gelegt worden sind[20]. Der Verpfänder hat kein Recht der Wiedereinlösung, außer wenn es ihm im Vertrage vom Pfandgläubiger vorbehalten worden ist[21], oder wenn der Bürge resp. ein späterer Pfandgläubiger der Käufer des Pfandes ist (oben Note 17). — Stellt sich später heraus, daß der Verpfänder kein Eigenthum hatte, und wird die Sache vom Eigenthümer dem Käufer evincirt, so haftet ihm der Gläubiger wegen der Eviction dann, wenn er dolos (d. h. mit dem Bewußtsein, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer sei) verkaufte[22]; ferner dann, wenn er ihm verschwieg, daß er bloß als Gläubiger verkaufe; endlich dann, wenn er ihm dies zwar mittheilte, aber die Haftung für Eviction ausdrücklich übernahm[23]. Trifft keine dieser drei Voraussetzungen zu, so braucht er im Fall der Eviction dem Käufer nichts zu leisten, nicht einmal die Forderung auf den creditirten Kaufpreis verliert er[24]; es kann jedoch der Käufer sich an den Verpfänder halten und von diesem (mit der condictio sine causa) dessen Bereicherung einfordern[25]. — Hingegen haftet der Gläubiger dem Käufer immer dafür, daß kein besserer Gläubiger als er existire, und daß die oben unter 1. a—c dargestellten Vorschriften beobachtet seien[26].

b. Für den Pfandgläubiger. Er kann den Kaufpreis vom Käufer verlangen, und muß ihn, wenn er ihn empfangen, zu seiner Befriedigung verwenden[27]; soweit dies geschehen oder soweit ohne Grund creditirt worden ist, wird der Schuldner frei[28]; reicht der Kaufpreis zur gänzlichen Tilgung der Forderung nicht zu, so bleibt letztere auf den Ueberrest bestehen[29]; übersteigt er die Forderung, so muß der Gläubiger den Ueberschuß (hyperocha) dem nachstehenden Pfandgläubiger resp. dem Verpfänder herausgeben[30].

---

[17] l. 1. C. de dol. m. 2, 21; l. 59. § 1. D. mand. 17, 1; l. 5. § 1. l. 6. D. h. t. 20, 5. — [18] l. 13. D. h. t. 20, 5. — [19] l. 4. D. de pign. a. 13, 7; l. 46. D. de a. r. d. 41, 1; l. 13. l. 15. l. 18. C. h. t. 8, 20. — [20] l. 1. C. si ant. cr. 8, 20; l. 6. l. 7. C. de o. et a. 4, 10; l. 3. pr. D. h. t. 20, 5. — [21] l. 2. C. si ant. cr. 8, 20; l. 13. pr. D. de pign. a. 13, 7; l. 7. pr. § 1. D. h. t. 20, 5. — [22] l. 1. l. 2. C. cred. ev. pign. 8, 46; l. 11. § 16. D. de a. e. v. 19, 1; l. 10. D. h. t. 20, 5; l. 38. D. de ev. 21, 2. — [23] l. 22. § 4. D. de pign. a. 13, 7; l. 59. § 4. D. mand. 17, 1. — [24] l. 68. pr. D. de ev. 21, 2. — [25] l. 12. § 1. D. h. t. 20, 5; l. 74. § 1. D. de ev. 21, 2. — [26] l. 1. C. cr. ev. 8, 46. — [27] l. 26. l. 44. D. de sol. 46, 3; l. 10. C. de o. et a. 4, 10. — [28] l. 19. pr. D. h. t. 20, 5; l. 35. pr. D. de pign. a. 13, 7; l. 3. C. h. t. 8, 28. — [29] l. 9. § 1. D. h. t. 20, 5; l. 3. C. h. t. 8, 28; l. 28. D. de r. c. 12, 1; l. 8. C. si cert. pet. 4, 2; l. 10. C. de o. et a. 4, 10. — [30] l. 24. § 2. l. 42. D. de pign. a. 13, 7; l. 44. D. de sol. 46, 3; l. 3. C. de pign. a. 8, 14.

4. Durch Nebenabreden bei der Verpfändung können die oben dargestellten Grundsätze innerhalb gewisser Grenzen modificirt werden; so kann dem Gläubiger die Anzeige an den Verpfänder, die Beobachtung der zweijährigen Frist u. dgl. erlassen werden. Verboten aber sind solche Abreden, wodurch die obigen Grundsätze völlig außer Kraft gesetzt werden, nämlich: a) die Abrede, daß der Pfandgläubiger überhaupt kein Recht zum Verkauf haben solle (§ 184 Note 4); b) (seit Constantin)[31] die Abrede, daß das Pfand dem Gläubiger für seine Forderung verfallen solle, wenn er zur Verfallzeit nicht befriedigt wird (lex commissoria); denn diese Abrede enthält eine unverantwortliche Bedrückung des Verpfänders. Wohl aber ist dem Gläubiger gestattet, hinterher das Pfand vom Verpfänder an Zahlungsstatt zu empfangen oder zu kaufen[32], ja, auch sofort bei der Verpfändung kann er das Pfand von ihm kaufen, vorausgesetzt, daß die Bestimmung des Preises nicht sofort, sondern erst später zur Verfallzeit der Schuld erfolgt[33].

C. § 199. **Das Zuschlagsrecht** (ius dominii impetrandi).

t. C. VIII, 34: de iure dominii impetrando. — Vangerow, § 381.

Findet sich gar kein oder kein annehmbarer Käufer, so kann der Pfandgläubiger den Zuschlag des Pfandes an sich selbst (nach Römischem Recht vom Kaiser, heut vom Richter) verlangen. Es ist dabei das pignus in causa iudicati captum von anderen Pfändern zu unterscheiden.

1. Das pignus in causa iudicati captum[1] wird dem Gläubiger auf seinen Antrag für seine Forderung zugeschlagen, mag die Forderung mehr oder weniger als der Werth des Pfandes betragen; der Zuschlag ist ein definitiver: der Schuldner hat kein Einlösungsrecht, der Gläubiger kein Rücktrittsrecht.

2. Bei anderen Pfändern[2] soll der Schuldner nochmals zur Zahlung aufgefordert werden; ist dies vergeblich, so wird dem Gläubiger auf sein Verlangen das Eigenthum des Pfandes zugeschlagen, aber nur als schwebendes (§ 128 Note 8. 9), daher kann

a. der Verpfänder das Pfand binnen zwei Jahren (vor Justinian binnen einem Jahr) wiedereinlösen; es gilt dann der Zuschlag als nie geschehen, und daher muß z. B. der Gläubiger die Hälfte des immittels gefundenen Schatzes dem Verpfänder herausgeben[3];

b. der Gläubiger kann das Pfand binnen zwei Jahren verkaufen; dadurch tritt er wieder in seine Rechte als Pfandgläubiger[4], d. h. er muß, wenn der Verkaufserlös mehr als die Pfandforderung beträgt, die Hyperocha herausgeben; wenn weniger, so behält er seine persönliche Forderung auf den ungedeckten Rest.

c. Während der zwei Jahre gilt der Pfandgläubiger vorläufig als Eigenthümer.

[31] l. 3. C. de pact. pign. 8, 35. — [32] l. 13. C. de pign. 8, 14; l. 24. pr. D. de pign. a. 13, 7; l. 12. pr. D. h. t. 20, 5. — [33] l. 16. § 9. D. de pign. 20, 1.

[1] l. 15. § 3. D. de re jud. 42, 1; l. 3. C. de exec. rei jud. 7, 53; l. 3. C. si in c. jud. 8, 23. — [2] l. 3. C. h. t. 8, 34. — [3] l. 63. § 4. D. de acq. r. d. 41, 1. — [4] l. 3. § 5. C. h. t. 8, 34.

Ist die zweijährige Frist verlaufen, ohne daß Verpfänder noch Gläubiger von ihrem Recht zur Einlösung resp. zum Rücktritt Gebrauch gemacht haben, so wird der Zuschlag ein definitiver; zugleich wird eine gerichtliche Taxe aufgenommen, nach deren Ausfall der Gläubiger bald einen Theil seiner Forderung behält, bald eine Summe dem Verpfänder herauszahlen muß; will er letzteres nicht, so wird ihm bloß ein seiner Forderung entsprechender Theil der Sache zu Eigenthum zugesprochen.

D. § 200. Das Retentionsrecht.

t. C. VIII, 27: etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. — Schenk, Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht. S. 241 ff. 1837. — Vangerow, § 382.

Hat Jemand für seine eigene Schuld ein Pfand bestellt, ist dieses im Besitz des Gläubigers, und hat der Gläubiger noch eine andere Forderung an denselben Schuldner, so kann er nach einem Rescript Gordians [1], wenngleich er wegen der Pfandforderung befriedigt ist, die Sache dennoch wegen der anderen Forderung retiniren (§ 76 unter 5). Das Retentionsrecht ist anomaler Art, da jeder Zusammenhang zwischen der Sache und der anderen Forderung fehlt; es gilt bloß gegenüber dem zurückfordernden Schuldner selbst, nicht aber (wie das Rescript ausdrücklich besagt) gegenüber einem späteren Pfandgläubiger, welcher kraft des ius offerendi die Herausgabe des Pfandes verlangt, daher auch nicht gegenüber den übrigen Gläubigern des Schuldners, wenn sie, nachdem über dessen Vermögen der Concurs eröffnet ist, die Sache zur Concursmasse ziehen wollen (was Einige leugnen). — Das Retentionsrecht findet statt, mag der Gläubiger von Anfang an im Besitz des Pfandes sein oder diesen erst später erlangt haben, — was Einige ohne Grund bestreiten. — Streitig ist, ob das Retentionsrecht auf die freiwilligen Pfänder zu beschränken oder auf die nothwendigen auszudehnen sei; die Worte des Gordianschen Rescripts sprechen für ersteres.

E. § 201. Das Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht.

Vangerow, § 384.

Das Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht steht dem Verpfänder zu; bei dem Faustpfand aber, wo er es nicht ausüben kann, gelten folgende Grundsätze:

a. Läßt das Pfand bloß einen Gebrauch zu, so soll der Faustpfandgläubiger es nicht gebrauchen, außer wenn der Verpfänder es ihm erlaubt; ohne Erlaubniß begeht er nach Römischem Recht ein furtum usus [1], nach dem Reichsstrafgesetzbuch § 290 einen strafbaren Eigennutz.

b. Läßt das Pfand die Ziehung von natürlichen oder juristischen Früchten zu, so soll der Pfandgläubiger (ähnlich dem Verwalter einer fremden Sache) sie ziehen; er muß sie aber herausgeben oder ihren Werth auf Zinsen und Capital anrechnen [2]: er muß also Rechnung legen.

---

[1] l. un. C. h. t. 8, 27.

[1] § 6. I. de obl. ex. del. 4, 1; l. 54. pr. D. de furt. 47, 2. — [2] ll. 1—3. l. 12. C. de pign. a. 4, 24; l. 11. C. de us. 4, 32; l. 2. C. de part. pign. 8, 25; l. 1. C. de distr. pign. 8, 28; l. 23. pr. D. de pign. 20, 1; l. 5. § 21. D. ut in poss. leg. 36, 4.

Zuweilen jedoch wird dem Faustpfandgläubiger die Antichresis eingeräumt[3], d. h. es wird ihm gestattet, statt der Zinsen der Forderung die Früchte des Pfandes zu ziehen resp. die Sache zu gebrauchen (sog. pactum antichreticum); alsdann erfolgt keine Abrechnung auf das Capital, und der Gläubiger braucht keine Rechnung zu legen[4]. Der antichretische Vertrag war nach Römischem Recht ungiltig, wenn er behufs Umgehung des gesetzlichen Zinsmaximum abgeschlossen war[5]; durch die Freigebung des Zinsfußes (§ 43 unter 1) ist der Römische Grundsatz beseitigt worden.

Wird eine fruchttragende Sache für eine unverzinsliche Forderung verpfändet, so findet eine sog. antichresis tacita statt, d. h. es kann der Gläubiger die Früchte der Sache bis zum Belauf der gesetzlichen Zinsen sich aneignen[6]. Einige Juristen bestreiten dem Pfandgläubiger dieses Recht, doch ist ihre Ansicht in offenbarem Widerspruch mit den Quellen, und mit inneren Gründen (vgl. diese im § 43 a. E.).

II. § 202. Rechte des Pfandgläubigers bei anderen Pfändern.

Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. 1834. — Sohm, die Lehre vom Subpignus. 1864. — Eberhard, die Verpfändung von Forderungen. 1869. — Wittelshöfer, Pfandrecht an einer Forderung. 1876. — Bremer und Exner, in den bei § 185 citirten Büchern. — Vangerow, § 368.

Die in den §§ 194—201 entwickelten Grundsätze finden auf andere Pfänder analoge Anwendung, sofern nicht die besondere Natur des Pfandgegenstandes eine Modification mit sich bringt. Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Ist ein bestehender Usufructus, eine bestehende Emphyteuse oder Superficies von Demjenigen, welchem sie zustehen, verpfändet worden, so hat der Gläubiger das Recht a) zur quasi iuris possessio resp. zum juristischen Besitz der Sache[1]; bezüglich der Früchte, welche er alsdann zieht, gelten die Grundsätze des § 201; b) die Ausübung des ihm verpfändeten Rechts (so beim Usufructus) oder das Recht selbst (so bei Emphyteuse und Superficies) an einen Dritten für einen Kaufpreis zu übertragen.

2. Hat der Eigenthümer einer Sache einem Gläubiger einen erst zu errichtenden Usufructus oder eine erst zu errichtende Wege- resp. Wasserservitut verpfändet, so hat der Gläubiger das Recht a) zur quasi iuris possessio[2]; — bei Wege- und Wasserservituten wird vorausgesetzt, daß er ein benachbartes Grundstück habe; b) die Servitut einem Dritten für einen Kaufpreis zu bestellen[3]; — bei Wege- und Wasserservituten wird vorausgesetzt, daß der Käufer ein benachbartes Grundstück habe.

3. Derjenige, welchem eine Forderung verpfändet ist, hat das Recht

---

[3] l. 11. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 33. D. de pign. a. 13, 7. — [4] l. 14. l. 17. C. de us. 4, 32. — [5] l. 26. § 1. C. de us. 4, 32. — [6] l. 8. D. in qu. c. pign. 20, 2.

[1] l. 11. § 2. l. 13. § 3. D. de pign. 20, 1. — [2] l. 11. § 2. l. 12. D. de pign. 20, 1. — [3] l. 12. D. de pign. 20, 1.

a) entweder die verpfändete Forderung zu verkaufen[4]; der Käufer wird Cessionar (§ 249 sq.); b) oder die verpfändete Forderung mit einer actio in personam utilis insoweit vom Schuldner einzutreiben, als seine Forderung reicht[5]; erhält er Geld, so muß er es zu seiner Befriedigung verwenden; erhält er einen anderen Gegenstand, so erwirbt er daran ein Pfandrecht[6]. — Behufs wirksamer Durchführung dieser Rechte ist dem Pfandgläubiger die Befugniß gegeben, den Schuldner von der Verpfändung zu benachrichtigen[7] (Denuntiation, § 248 a. E.); sobald dies geschehen, kann der Verpfänder, solange das Pfandrecht dauert, seine Rechte als Gläubiger nicht ausüben.

4. Der Afterpfandgläubiger hat unstreitig ein Recht zum Besitz und Verkauf des Afterpfandes[8], natürlich aber nur dann, wenn die Voraussetzungen für die Ausübung **beider** Pfandrechte vorhanden (z. B. **beide** Forderungen fällig) sind. Verkauft der Afterpfandgläubiger, so hören **beide** Pfandrechte auf, und er kann den Erlös insoweit behalten, als die beiden Forderungen sich decken, den Ueberschuß muß er bald dem ersten Verpfänder, bald dem ersten Pfandgläubiger, bald beiden herausgeben. Es ist streitig, ob im Afterpfandrecht auch ein Pfandrecht an der Forderung liegt, welche der erste Pfandgläubiger an den ersten Verpfänder hat, mit anderen Worten: ob der Afterpfandgläubiger von dem ersten Verpfänder auch den Inhalt der verpfändeten Forderung eintreiben könne (oben 3 b.), was dann namentlich von Interesse für ihn ist, wenn das Afterpfand zu seiner Befriedigung nicht zureicht oder keinen Käufer findet. Die Entscheidung der Streitfrage hängt von der Interpretation der l. 13. § 2. D. de pign. XX, 1 ab, welche sehr streitig ist. Der Inhalt derselben geht dahin, daß der Afterpfandgläubiger von dem ersten Verpfänder den Gegenstand, welchen dieser dem Afterverpfänder schuldet, nicht eintreiben könne, daß er ihn aber, wenn der erste Verpfänder ihn an den Afterverpfänder geleistet hat, von dem letzteren abfordern könne; erhält er ihn von diesem, so muß er ihn, wenn er aus Geld besteht, zu seiner Befriedigung verwenden, entgegengesetzten Falles erwirbt er daran ein Pfandrecht. Hieraus folgt, daß in dem Afterpfand nicht zugleich ein Pfandrecht an der Forderung enthalten ist.

---

[4] Dies folgt aus l. 15. § 10. D. de re jud. 42, 1. Bisher berief man sich auch auf l. 7. C. de her. vend. 4, 39, allein nach den besseren Handschriften ist hier zu lesen: „ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emtori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.“ — [5] l. 18. pr. D. de pign. a. 13, 7; l. 20. D. de pign. 20, 1; l. 7. C. de her. vel act. v. 4, 39; l. 4. C. quae res pign. 8, 17. — [6] l. 18. pr. D. cit. 13, 7; l. 4. C. cit. 8, 17. — [7] l. 4. C. quae res pign. 8, 17. — [8] l. 13. § 2. D. de pign. 20, 1; l. 40. § 2. D. de pign. a. 13, 7; l. 2. C. si pignus pign. 8, 24.

Fünfter Titel.

Mehrheit der Pfandgläubiger.

A. § 203. Uebersicht.

Vangerow, § 388.

An demselben Gegenstand sind mehrere Pfandrechte (zwar nicht mehrere Faustpfandrechte, aber doch ein Faustpfandrecht neben mehreren Hypotheken) möglich. Unter den Pfandgläubigern entsteht eine Collision, welche in dreierlei Weise gelöst wird: nach dem Grundsatz der Concurrenz, nach dem der Prävention, nach dem der Priorität.

I. Der Grundsatz der Concurrenz gilt, wenn Mehrere gemeinschaftlich in Einem Act ein Pfandrecht an demselben Gegenstand erwerben, ohne daß erklärt wird, es solle der letztere jedem Gläubiger ganz verpfändet sein; alsdann erstreckt sich das Pfandrecht eines Jeden auf einen seiner Forderung entsprechenden intellectuellen Theil des Pfandgegenstandes[1].

II. Der Grundsatz der Prävention gilt, wenn eine Forderung sich in mehrere Theile spaltet[2] (§ 191 Note 2), ferner wenn Mehrere in verschiedenen Acten an demselben Tage ein Pfandrecht an demselben Gegenstande erwerben[3], endlich, wenn dies in demselben Acte geschieht und zugleich erklärt wird, daß der Gegenstand Jedem ganz verpfändet sein solle[4]. Alsdann ist jeder Gläubiger dritten Personen gegenüber als alleiniger Pfandgläubiger zu behandeln; unter den Pfandgläubigern aber gilt der Grundsatz, daß das Pfand demjenigen verbleibt, welcher dem anderen zuvorgekommen ist (also dem gegenwärtigen Besitzer resp. dem Abkäufer des letzten Besitzers).

III. Der Grundsatz der Priorität bedeutet: der eine Pfandgläubiger (prior, potior, potentior creditor) hat vor dem anderen (inferior, posterior creditor) den Vorrang: der vorstehende hat ein vorzügliches Recht zum Besitz (er kann es gegen den nachstehenden wie gegen dritte Personen durch Klage und Einrede geltend machen[5]) sowie die alleinige Befugniß zur Ausübung des Verkaufsrechts[6] (s. § 198 unter 1. d); der nachstehende Pfandgläubiger hat zwar ein gegenwärtiges Pfandrecht (nicht etwa ein bedingtes, wie Einige ohne allen Grund behaupten), aber er hat bloß dritten Personen gegenüber ein Recht zum Besitz[7] und gar keine Befugniß zur Ausübung des Verkaufsrechts; seine Rechte gegenüber dem vorstehenden Pfandgläubiger sind der Anspruch auf die Herausgabe der Hyperocha[8] und das ius offerendi[9]; durch Ausübung des letzteren setzt er sich an die Stelle des vorstehenden und er kann nunmehr den Verkauf des Pfandes nach seinem Interesse vornehmen oder ver-

[1] l. 10. i. f. l. 16. § 8. D. de pign. 20, 1; cf. l. 7. § 4. D. qu. m. pign. 20, 6; l. 20. § 1. D. de pign. a. 13, 7. — [2] l. 1. C. si unus ex plurib. 8, 32. — [3] l. 16. § 8. D. de pign. 20, 1. — [4] l. 10. l. 16. § 8. D. de pign. 20, 1. — [5] l. 12. pr. D. qui pot. 20, 4. — [6] l. 8. C. qui pot. 8, 18; l. 1. C. cred. ev. 8, 46; l. 3. C. si antiq. 8, 20. — [7] l. 12. pr. § 7. D. qui pot. 20, 4. — [8] l. 12. § 5. D. qui pot. 20, 4. — [9] l. 12. § 9. D. qui pot. 20, 4.

schieben. — Die Priorität der Pfandrechte bestimmt sich in der Regel nach ihrem zeitlichen Verhältniß, ausnahmsweise nach einem gewissen Pfandrechten zu Theil gewordenen Privilegium, sowie nach der Art ihrer Bestellung; diese Bestimmungsgründe bedürfen noch einer genaueren Darlegung: § 204—206.

B. Insbesondere von der Bestimmung der Priorität.

t. D. XX, 4: qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedant. — t. C. VIII, 18: qui potiores in pignore habeantur.

1) § 204. Nach dem zeitlichen Verhältniß.

Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. 1859. — Vangerow, §§ 369. 372.

Welche Grundsätze für das zeitliche Verhältniß mehrerer Pfandrechte maßgebend sind, ist in neuester Zeit sehr streitig geworden. Die Quellen enthalten an allgemeinen Grundsätzen nichts als die vieldeutigen Worte: sicut prior es tempore, ita potior es iure und Aehnliches [1]; Entscheidungen von einzelnen Fällen finden sich nur sparsam in den Quellen. Das Richtige dürfte der Grundsatz sein: das zeitliche Verhältniß mehrerer Pfandrechte richtet sich nicht erst nach dem Augenblick ihrer Entstehung, sondern schon nach den Zeitmomenten, wo zu der Entstehung der Pfandrechte in einer den Verpfänder bindenden Weise der Grund gelegt worden ist. Daher:

I. Was die Forderung anbetrifft. Das Pfandrecht für eine betagte Forderung datirt vom Augenblick der Bestellung an [2]. Das Gleiche gilt bei dem Pfandrecht für eine bedingte Forderung (vorausgesetzt, daß die Bedingung erfüllt wird), außer wenn die Bedingung auf den bloßen Willen des zu Verpflichtenden gestellt ist [3], z. B. wenn dem Depositar einer Geldsumme deren Gebrauch gestattet wird (§ 278 Note 4), und er für diesen Fall ein Pfandrecht bestellt. Das Gleiche gilt endlich bei dem Pfandrecht für eine zukünftige Forderung, vorausgesetzt nur daß sie in Wahrheit eine zukünftige ist, d. h. daß schon ein gewisses obligatorisches Band vorhanden ist; daher datirt das Pfandrecht für eine Zinsforderung von dem Augenblick des abgegebenen Zinsversprechens, trotzdem die Zinsforderung erst durch den Gebrauch des Capitals verdient wird [4], das gesetzliche Pfandrecht für die Miethforderung datirt von der Illation, trotzdem die Miethforderung erst durch den Gebrauch der Sache verdient wird [5], wenn Jemand eine Dos verspricht und sich für die Rückgabe derselben nach aufgehobener Ehe ein Pfandrecht ausbedingt, so datirt dieses vom Augenblicke der Bestellung, trotzdem die Dos erst später ausgezahlt wird [6]; Gleiches gilt von Demjenigen, welchem ein Pfandrecht für ein Darlehn bestellt wird, welches er später auszuzahlen sich verpflichtet (sog.

[1] l. 2. l. 4. l. 7. l. 8. C. h. t. 8, 18. — [2] l. 12. § 2. D. h. t. 20, 4. — [3] l. 9. §§ 1. 2. l. 11. § 1. D. h. t. 20, 4. — [4] l. 18. D. h. t. 20, 4. — [5] l. 11. § 2. D. h. t. 20, 4; l. 9. pr. eod. — [6] l. 1. pr. D. h. t. 20, 4.

Credithypothek). Wenn freilich Jemand ein Pfand bestellt für „etwaige Darlehne, welche er von einem Anderen später bekommen sollte“ (dies ist der Fall der gewöhnlich mißverstandenen l. 1. § 1. l. 11. pr. D. h. t. XX, 4; l. 4. D. quae res. pign. XX, 3), so handelt es sich nicht um eine zukünftige Forderung, sondern um eine Forderung unter einer in den nackten Willen des Pfandbestellers und Pfandempfängers gestellten Bedingung, so daß das Pfandrecht erst von dem Augenblick der Auszahlung des Darlehns datirt.

II. Was den Pfandgegenstand betrifft. Hängt die Bestimmung des Gegenstandes von einer in dem bloßen Willen des Verpfänders liegenden Handlung ab, so datirt das Pfandrecht erst von der Vornahme dieser Handlung; daher datirt das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers eines Wohnhauses an den Illaten des Miethers erst von der Illation[7]. Ist jedoch die Bestimmung des Gegenstandes von dem Willen des Verpfänders unabhängig, so datirt das Pfandrecht von seiner Bestellung an, selbst wenn der Gegenstand noch nicht dem Verpfänder gehörte; so bei der Verpfändung zukünftiger Sachen (vorausgesetzt, daß sie später ins Eigenthum des Verpfänders kommen); so ferner bei der Verpfändung einer fremden Sache (vorausgesetzt, daß der Verpfänder später ihr Eigenthum erwirbt[8] oder daß der Eigenthümer die Verpfändung später genehmigt[9]); so endlich bei dem Generalpfandrecht: es datirt, wie ein Quellenzeugniß[10] es ausdrücklich bestätigt, das Pfandrecht an den später vom Verpfänder erworbenen Sachen vom Tage der Bestellung des Generalpfandrechts, und die Behauptung vieler Juristen, daß in einem anderen Quellenzeugniß[11] das Gegentheil ausgesprochen sei, ist unrichtig, da dasselbe von zwei gleichzeitig bestellten Pfandrechten handelt. Hat freilich, bevor der Verpfänder die Sache erwarb, der Eigenthümer der Sache an derselben ein Pfandrecht bestellt, so geht dieses jenem unbedingt vor, weil der Verpfänder die Sache nur als eine mit einem Pfandrecht belastete erwirbt.

III. Was den Verpfändungsact betrifft. Besteht er in einem Vertrage, so datirt das Pfandrecht von dem Tage seines Abschlusses, selbst wenn der Verpfändung ein Tag (dies ex quo) oder eine Suspensivbedingung hinzugefügt wurde[12], und nur dann findet eine Ausnahme statt, wenn die Bedingung in den bloßen Willen des Verpfänders gestellt war[13]. Besteht der Verpfändungsact in einem Vermächtniß, so datirt das Pfandrecht von dem Tode des Erblassers, und nicht, wie Viele annehmen, vom Tage des Erwerbs der Erbschaft Seitens des Erben. — Das pignus in causa iudicati captum datirt von der Auspfändung[14], das pign. praetorium von der Besitzergreifung[15]; haben jedoch Mehrere aus demselben Grunde die missio in possessionem erhalten, so datirt ihr Pfandrecht, wenn sie auch ungleichzeitig den Besitz ergreifen, doch von

---

[7] l. 11. § 2. D. h. t. 20, 4. — [8] l. 9. § 3. D. h. t. 20, 4; cf. l. 7. pr. C. h. t. 8, 18; l. 6. § 2. C. de sec. nupt. 5, 9. — [9] l. 16. § 1. D. de pign. 20, 1. — [10] l. 21. pr. D. h. t. 20, 4. — [11] l. 7. § 1. D. h. t. 20, 4. — [12] l. 12. § 2. D. h. t. 20, 4. — [13] l. 9. § 1. l. 11. § 1. D. h. t. 20, 4. — [14] l. 10. D. h. t. 20, 4. — [15] l. 26. § 1. D. de pign. a. 13, 7; l. 3. C. ut in poss. leg. 6, 54; l. 2. C. h. t. 8, 18.

demselben Momente[16]; das vom Richter im Theilungsurtheil zuerkannte Pfandrecht datirt wie das Urtheil selbst. — Das gesetzliche Pfandrecht datirt von dem Augenblick, in welchem die Forderung, zu deren Gunsten das gesetzliche Pfandrecht eingeführt ist, und der Gegenstand, an welchem das Pfandrecht nach dem Gesetz stattfinden soll, vorhanden sind, natürlich nur soweit als dies nach I. und II. nöthig ist. Daher datirt das Pfandrecht der Kinder am Vermögen des Vaters wegen der bona materna und materni generis von dem Augenblick, wo die Verwaltung derselben dem Vater gebührt[17]; das Pfandrecht gewisser Mündel am Vermögen des Vormundes von dem Augenblick, wo das Amt des letzteren beginnt; das Pfandrecht der Frau am Vermögen des Mannes wegen der Dos datirt, wenngleich die Dos vor Eingehung der Ehe bestellt wurde, erst von Eingehung der Ehe an, da das Hingegebene erst mit diesem Augenblick den dotalen Charakter erhält u. s. w. Nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift soll das Pfandrecht der Kinder am Vermögen des parens binubus wegen der lucra nuptialia nicht erst von dem Abschluß der zweiten Ehe, sondern schon von dem Augenblick datiren, wo der parens binubus jene Güter erworben hat[18].

Wie schon im Eingang des § bemerkt, ist die vorliegende Materie sehr streitig: die hauptsächlichsten abweichenden Meinungen sind folgende:

1. Das zeitliche Verhältniß mehrerer Pfandrechte wird nach dem Augenblick ihrer Entstehung bestimmt, also nach dem Augenblick, in welchem die Forderung, der verpfändbare Gegenstand und der Verpfändungsact zusammentreffen; doch erfolgt in gewissen Fällen eine Zurückziehung des Pfandrechts, namentlich bei dem Pfandrecht für bedingte Forderungen nach Erfüllung der Bedingung, bei dem Pfandrecht an zukünftigen Sachen, vorausgesetzt, daß sie später ins Eigenthum des Verpfänders kommen, bei bedingter Verpfändung nach Erfüllung der Bedingung. Diese Meinung ist weder mit den Aussprüchen der Quellen in Uebereinstimmung, noch entspricht sie den Anforderungen des Verkehrs.

2. Eine zweite Meinung weicht von den oben dargestellten Grundsätzen hauptsächlich bezüglich der Forderung ab. Danach soll ein Pfandrecht ohne alle Forderung, also auch vor der Forderung existiren können; es soll, wenn noch keine Forderung existirt, vom Willen des Constituenten abhängen, ob das Pfandrecht sofort oder erst später mit der Forderung beginnen soll; in Zweifelsfällen hätten die römischen Juristen den präsumtiven Willen des Constituenten zu ergründen gesucht. Diese Ansicht ist nicht quellengemäß; das Römische Recht läßt zwar ein bestehendes Pfandrecht zuweilen (§ 207 unter III. 2) trotz Untergangs der Forderung fortdauern, nicht aber ohne alle Forderung entstehen. Außerdem liefern die Quellen keinen Anhalt, daß die hieher gehörigen Entscheidungen der römischen Juristen[19] bloße Interpretationen des Verpfändungswillens des Constituenten seien.

---

[16] l. 12. pr. D. de reb. auct. j. 42, 5; l. 5. §§ 2. 3. D. ut in poss. leg. 36, 4; l. 15. §§ 15. 18. D. de damno inf. 39, 2. — [17] l. 6. § 4. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [18] l. 6. § 2. C. de sec. nupt. 5, 9. — [19] S. die oben unter I citirten Stellen.

2) § 205. Nach einem Privilegium (privilegirte Pfandrechte).

Vangerow, §§ 385. 386.

Einige Pfandrechte werden, wenngleich sie jüngeren Datums sind, dennoch vor älteren vorgezogen; sie heißen privilegirte Pfandrechte.

1. Das Pfandrecht des Fiscus wegen rückständiger Steuern und Abgaben[1] hat nach fast unbestrittener Ansicht den Vorzug vor allen anderen Pfandrechten. Ob auch das wegen Forderungen des Fiscus aus Verträgen bevorzugt sei, ist bestritten; nach richtiger Meinung ist es hinsichtlich derjenigen Güter, welche der Verpfänder erst nach Abschluß des Vertrages mit Fiscus erworben hat, zu bejahen; es wird dies in einem Quellenzeugniß (von Ulpian[2]) ausdrücklich ausgesprochen.

2. Das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos; von ihren Erben haben nur ihre Descendenten das Privilegium[3].

3. Das Pfandrecht wegen in rem versio[4], d. h. dasjenige Pfandrecht, welches einem Gläubiger für eine Forderung wegen Erhaltung, Wiederherstellung, Anschaffung der verpfändeten Sache aus Verträgen oder sonstwie zusteht. Hieher gehört auch (was Manche ohne Grund leugnen) der Fall, daß Jemand eine Sache auf Credit verkauft und sich ein Pfandrecht wegen des Kaufpreises vorbehält.

Treffen mehrere privilegirte Pfandrechte zusammen, so rangiren sie in folgender Ordnung:

a. das Pfandrecht des Fiscus wegen Steuern und Abgaben[5];

b. ein jetzt unpraktischer Fall der in rem versio: das Pfandrecht Desjenigen, welcher zur Anschaffung einer Militia (einer verkäuflichen Beamtenstelle) Geld dargeliehen, und sich in einer von Zeugen unterschriebenen Urkunde das Vorzugsrecht ausbedungen hat[6];

c. die übrigen Pfandrechte nach ihrem zeitlichen Verhältniß (§§ 203. 204); doch behaupten Einige, daß unter diesen das Pfandrecht für die Dos zuerst, Andere, daß das Pfandrecht für die fiscalischen Contractsforderungen zuletzt rangire — beides ohne Anhalt in den Quellen. — Unter mehreren Pfandrechten wegen in rem versio entscheidet nicht das zeitliche Verhältniß, sondern der Antheil, in welchem jeder Pfandgläubiger zur Erhaltung und zum jetzigen Bestand der Sache beigetragen hat[7].

Bis in unser Jahrhundert nahm die Praxis an, daß, wenn die Sache ihren Eigenthümer wechselt, die privilegirten Pfandrechte, welche in der Zeit des jetzigen Eigenthümers entstehen, keinen Vorzug vor denjenigen genießen, welche sich aus der Zeit der früheren Eigenthümer herschreiben (man nannte die letzteren: Pfandseparatisten, weil sie im Concurse über das Vermögen des jetzigen Eigenthümers ihre Pfänder aus der Concursmasse ausscheiden konnten, vgl. § 233). Seitdem ist diese Ansicht zwar angefochten worden, indeß ohne Grund; denn die hieher gehörigen Gesetze[8] sprechen nur von dem Falle, daß die Pfandgläubiger

---

[1] l. 1. C. si propter publ. pens. 4, 46; die gegentheilige Meinung stützt sich auf l. 28. D. de j. f. 49, 14 und auf l. 2. C. de priv. f. 7, 73. — [2] l. 21. pr. D. h. t. 20, 4. — [3] l. 12. pr. § 1. C. h. t. 8, 18; § 29. I. de act. 4, 6; Nov. 91. c. 1; Nov. 97. c. 2. — [4] l. 5. l. 6. l. 7. pr. D. h. t. 20, 4; l. 3. § 1. eod.; l. 7. C. h. t. 8, 18; Nov. 97. c. 3. — [5] l. 1. C. si propter publ. pens. 4, 46. — [6] Nov. 97. c. 1. — [7] cf. l. 7. pr. D. h. t. 20, 4. — [8] S. die Stellen in N. 1—6.

desselben Schuldners mit einander concurriren, und die Billigkeit läßt es nicht zu, das Privilegium auf den Fall zu übertragen, wo die Person des Schuldners gewechselt hat (§ 13 Note 9); nur das Pfandrecht derjenigen Forderung wird mit Recht von den Meisten ausgenommen, welche für Erhaltung oder Wiederherstellung des Pfandes (nicht aber für seine Anschaffung) unter dem neuen Eigenthümer entstanden ist.

3) § 206. Nach der Form der Errichtung (öffentliche Pfandrechte).

Vangerow, § 387.

I. Das Leonische Gesetz. Nach einem Gesetz des Kaisers Leo von 469 n. Chr.[1], welches betrügerische Rückdatirungen des Pfandrechts zu verhindern strebt, soll dasjenige Pfandrecht, welches in einer öffentlichen oder in einer vor drei unbescholtenen Zeugen unterschriebenen Privaturkunde bestellt worden ist (sog. pignus publicum und quasi publicum), demjenigen vorgehen, welches in einer einfachen Privaturkunde bestellt worden ist (sog. pignus privatum).

II. Streitfragen. Die wenig umsichtige Fassung des Leonischen Gesetzes hat mehrere Streitfragen hervorgerufen.

1. Gehen die pignora publica et quasi publica auch denjenigen Pfandrechten vor, bei deren Bestellung gar keine Urkunde aufgenommen wurde, und die demnach durch Zeugen oder durch Eid bewiesen werden? Das Gesetz spricht von diesen nicht und die herrschende Meinung verneint deshalb die Streitfrage. Erwägt man aber, daß der Zeugenbeweis im Griechischen Recht und deshalb im Oströmischen Reich (wegen der Bestechlichkeit und Unglaubwürdigkeit der Zeugen) stets mit großem Mißtrauen betrachtet, und daß er in mehreren Fällen durch Specialgesetze[2] dem Urkundenbeweis nachgesetzt wurde, so gelangt man zu dem Resultat, daß nach dem Geiste des Leonischen Gesetzes die pignora p. et qu. den durch Zeugen bewiesenen Pfandrechten vorzuziehen sind. Was von dem Zeugenbeweis gilt unbedenklich von dem Beweis durch Eid, sowohl von dem durch den sog. Schiedseid als von dem durch den sog. nothwendigen Eid.

2. Gehen die pignora publica et quasi publica auch den privilegirten Pfandrechten vor, wenn letztere nicht in öffentlichen Urkunden bestellt worden sind? Mit Recht wird diese Frage von der herrschenden Meinung verneint, denn das Privilegium der privilegirten Pfandrechte besteht gerade darin, daß sie ein Vorzugsrecht genießen, trotzdem sie jünger sind. Dagegen wird unter mehreren privilegirten Pfandrechten dasjenige, welches vor Richter, Notar oder drei unbescholtenen Zeugen bestellt worden ist, vorgezogen.

3. Gehen die pignora publica et quasi publica auch den gesetzlichen Pfandrechten vor, wenn letztere nicht durch Urkunden bewiesen werden, welche vor Richter, Notar oder drei unbescholtenen Zeugen aufgenommen sind? Auch von den gesetzlichen Pfandrechten spricht das Leonische Gesetz nicht, und zwar deshalb, weil sie überhaupt nicht aus

---

[1] l. 11. C. qui pot. in pign. 8, 18. — [2] l. 1. l. 2. C. de test. 4, 20; l. 18. in initio C. eod. 4, 20; Nov. 97. c. 4.

einem Privatact stammen und also in keinem directen Gegensatz zu den pignora p. et qu. stehen. Daraus folgt, daß, wenngleich sie selbst oder die zu ihnen gehörige Forderung nicht durch öffentliche und ihnen gleichstehende Urkunden bewiesen werden, sie dennoch hinter den pignora p. et qu. nicht zurückstehen.

In einem ganz anderen Sinne wird von vielen deutschen Particularrechten die Publicität der Pfandrechte verlangt; danach entstehen Pfandrechte an Immobilien nur durch Eintragung in sog. Grundbücher; unter den eingetragenen Hypotheken entscheidet hinsichtlich der Priorität lediglich der Augenblick der Eintragung einer jeden. Diese Grundbuchsverfassung ist den Grundsätzen des Römischen Rechts bei weitem überlegen; denn sie macht nicht bloß die Pfandrechtsbestellung, sondern die Pfandrechte selbst öffentlich; sie wird das Römische Recht, soweit sie es nicht schon gethan hat, sicherlich verdrängen.

Sechster Titel.

§ 207. Aufhebung des Pfandrechts.

t. D. XX, 6: quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. — G. Buchka, die Hypothek des Eigenthümers. 1875. — Vangerow, § 392.

I. Diejenigen in dem § 171. I auseinandergesetzten Umstände, welche eine Aufhebung aller dinglichen Rechte zur Folge haben, finden auch auf das Pfandrecht Anwendung [1].

II. Das Gleiche gilt von denjenigen § 171. II erörterten Umständen, welche die Aufhebung aller dinglichen Rechte an fremder Sache bewirken: Confusion und Verzicht; doch ist hier Folgendes hinzuzufügen:

1. Confusion [2]. Es ist bereits § 185 bemerkt, daß im Römischen Recht einige Fälle des Pfandrechts von dem Untergange durch Confusion ausgenommen sind: a) der vorstehende Pfandgläubiger erwirbt, ohne sein Pfandrecht zu kennen, das Eigenthum des Pfandes (dies ist der Inhalt der berühmten lex Latinus Largus [3]); b) der vorstehende Pfandgläubiger empfängt das Pfand vom Eigenthümer an Zahlungsstatt oder er kauft es von ihm, um auf diese Weise die Pfandforderung zu tilgen [4]; c) der Eigenthümer des Pfandes zahlt den vorstehenden Pfandgläubiger, welcher von ihm die Herausgabe des Pfandes verlangt, aus und erhält dafür Forderung nebst Pfand cedirt [5] (§ 195 Note 15); d) endlich kann hieher der oben § 193 Note 4 erwähnte Fall gezählt werden, wenn Jemand das Pfand kauft, damit aus dem Kaufpreise ein vorstehender Gläubiger befriedigt werde, und diese Befriedigung wirklich erfolgt [6]. In allen diesen Fällen gewährt das Pfandrecht dem Gläubiger keine Sicherheit für seine Forderung, aber es behütet ihn wenigstens vor Schaden, indem es verhindert, daß der nachstehende Pfandgläubiger aufrücke; der letztere bleibt vielmehr auf die Hyperocha und das ius offerendi beschränkt.

---

[1] cf. l. 3. l. 6. pr. l. 8. pr. D. h. t. 20, 6; l. 18. § 3. D. de pign. a. 13, 7. — [2] l. 20. § 3. l. 29. D. de pign. a. 13, 7; l. 30. § 1. i. f. D. de exc. r. j. 44, 2. — [3] l. 30. § 1. D. de exc. r. j. 44, 2. — [4] l. 1. C. si ant. cred. 8, 20. — [5] l. 19. D. qui pot. 20, 4. — [6] l. 17. D. qui pot. 20, 4; l. 3. C. de his qui in prior. 8, 19; l. 3. § 1. D. de distr. p. 20, 5.

Die **formelle** Handhabe, vermittels welcher die römischen Juristen diese Ausnahmen einführten, war die Behauptung, daß die Pfandklage von dem Pfandgläubiger bis zu seiner Befriedigung angestellt werden könne, die Confusion aber keine Befriedigung enthalte: actio pigneraticia competit, verum enim est, et pignori datum et satisfactum non esse[7]; diese Deduction ist leicht zu widerlegen: es ist unwahr, daß das Pfandrecht und die Pfandklage **stets** bis zur Befriedigung des Gläubigers dauern; der wahre Rechtfertigungsgrund jener Ausnahmen ist die Billigkeit.

2. **Verzicht** (remissio pignoris). Derselbe kann sowohl durch einen Vertrag unter Lebenden[8] als durch ein Vermächtniß erklärt werden; der Vertrag kann sowohl ein ausdrücklicher als auch stillschweigender sein; stillschweigend liegt er darin, daß der Pfandgläubiger das Pfand selbst oder die Pfandurkunde ohne Vorbehalt zurückgibt[9], daß er ohne Vorbehalt[10] in die Veräußerung[11] oder in die Weiterverpfändung[12] des Pfandes willigt, zuweilen[13] selbst darin, daß er die Veräußerung des Pfandes durch den Eigenthümer ohne Widerspruch geschehen läßt (z. B. der Eigenthümer fordert, bevor er veräußert, sämmtliche Gläubiger durch öffentliche Vorladung auf, sich zu melden, die Gläubiger aber kommen dieser Aufforderung nicht nach, trotzdem sie gegenwärtig sind[14]).

III. Folgende Aufhebungsgründe sind dem Pfandrecht **eigenthümlich**:

1. **Verjährung**. Begrifflich ist die Verjährung der Pfand**klage** von der des Pfand**rechts** zu unterscheiden; erstere nimmt dem Gläubiger bloß die **Klage**, so daß er, wenn er ohne solche in den Besitz des Pfandes gelangt, die Rechte des Pfandgläubigers ausüben kann; letztere nimmt ihm sein ganzes **Recht**, so daß er, wenn er in den Besitz der Sache kommt, dieselbe dem Berechtigten herausgeben muß. Vor Justinian gab es nur eine Verjährung der Pfandklage: der Besitzer des Pfandes konnte dem klagenden Pfandgläubiger die praescriptio longi temporis (§ 140 Note 14) entgegensetzen, vorausgesetzt, daß sein Besitz (ohne Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien) zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes gedauert hatte, vorausgesetzt ferner, daß er bona fide war (d. h. das Pfandrecht nicht kannte), vorausgesetzt endlich, daß er einen Titel zum Besitz (möglicher Weise das Eigenthum) hatte[15]. Fehlte dem Besitzer entweder der gute Glaube oder ein Titel, so war nur die praesc. 30 vel 40 annorum zulässig[16], nämlich von vierzig Jahren von Seiten des Pfandschuldners, seiner Erben und von Seiten des nachstehenden Pfandgläubigers, so lange der Pfandschuldner lebt, von dreißig Jahren in den anderen Fällen. Justinian setzte an die Stelle der Ver-

---

[7] l. 30. § 1. D. de exc. r. j. 44, 2. — [8] l. 9. § 3. D. de pign. a. 13, 7; l. 8. § 1. sqq. D. h. t. 20, 6. — [9] l. 7. l. 9. C. de rem. p. 8, 26; l. 3. D. de pign. a. 13, 7. — [10] l. 4. § 1. D. h. t. 20, 6. — [11] l. 4. § 1. l. 8. §§ 6—15. D. h. t. 20, 6; l. 158. D. de r. j. 50, 17; l. 2. l. 11. C. de rem. p. 8, 26. — [12] Die Regel s. in l. 8. § 15. D. h. t. 20, 6. — [13] l. 9. § 1. l. 12. pr. D. h. t. 20, 6; l. 12. § 4. D. qui pot. 20, 4. — [14] l. 6. C. de rem. p. 8, 26; l. 1. l. 8. eod. — [15] l. 5. § 1. l. 12. D. de div. t. pr. 44, 3; l. 7. l. 14. C. de o. et a. 4, 10; l. 19. C. de ev. 8, 45; l. 1. l. 2. C. si adv. cred. praescr. opp. 7, 36. — [16] l. 3. l. 7. C. de praesc. 30. vel 40. ann. 7, 39.

jährung der Pfandklage in einigen Fällen eine Verjährung des Pfandrechts, indem er verordnete[17], daß, wenn der Besitzer redlich gewesen und nach Ablauf der Verjährungszeit die Sache in die Hand des Pfandgläubigers falle, dieser sie dem Berechtigten auf sein Verlangen herausgeben müsse. Dadurch ist der Umfang des Gebiets der Verjährung der Pfandklage erheblich geschmälert worden; seitdem aber nach dem canonischen Recht zur Verjährung der Klagen, welche auf eine specielle Sache gerichtet sind, Redlichkeit des Besitzers verlangt wird (§ 89), ist für die Verjährung der Pfandklage kein Fall übrig, und es giebt nur noch eine Verjährung des Pfandrechts.

2. Der Untergang der Forderung, geschehe er ipso iure oder ope exceptionis[18], hebt das Pfandrecht auf[19], vorausgesetzt daß er ganz eingetreten ist (nicht theilweis) und völlig (nicht etwa so, daß noch eine Naturalobligation zurückbleibt)[20]; doch wird, wenn ein unrichtiges freisprechendes Urtheil ergangen ist, das Pfandrecht aufgehoben, trotzdem eine Naturalobligation zurückbleibt[21] (§ 97). Es ist aber bereits § 185 bemerkt, daß zuweilen das Pfandrecht fortdauert, trotzdem die Forderung ganz und völlig untergegangen ist; zwar heißt es einmal in den Quellen von einem derartigen Falle: remanet propter pignus naturalis obligatio[22], allein dies ist bloß ein Hinweis darauf, daß der Gläubiger bei dem Verkauf des Pfandes nicht mehr behalten darf als die Forderung betrug. Die formelle Handhabe, vermittels welcher die römischen Juristen die hieher gehörigen Ausnahmen einführten, war auch hier die Behauptung, daß die Pfandklage von dem Pfandgläubiger bis zu seiner Befriedigung angestellt werden könne, in jenen Ausnahmefällen aber eine Befriedigung nicht erfolgt sei[23]. Daß diese Deduction unrichtig ist, ward oben sub II. 1 bemerkt; es ist aber nicht gelungen, ein leitendes Princip aufzufinden. Die Fälle selbst sind folgende: a) die Forderung ist durch Verjährung untergegangen[24]; b) die Forderung ist durch Confusion untergegangen; hier werden zwei verschiedenartige Fälle erwähnt: ein Fall, in welchem die Confusion materiell rückgängig wird (der Pfandgläubiger wird vom Schuldner zum Erben eingesetzt, zugleich aber mit einem Universalfideicommiß belastet)[25], und ein Fall, in welchem die Forderung wegen der Confusion aufgehoben bleibt (der Bürge des Schuldners, welcher dem Gläubiger für seine Bürgschaftsschuld ein Pfand bestellt hat, wird von dem Hauptschuldner beerbt)[26]. Viele Juristen rechnen noch hieher den Fall, daß eine Frau einen Schuldner, der ein Pfand bestellt hatte, ungiltiger Weise (§ 255) expromittirt[27] (allein hier wird die bisherige Schuld wiederhergestellt), sowie den Fall, daß der Schuldner, welcher ein Pfand bestellt hatte, im Processe zur Zahlung verurtheilt ist[28] (allein hier bleibt die bisherige Schuld bestehen, § 267).

[17] l. 8. pr. § 1. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [18] l. 5. pr. l. 13. D. h. t. 20, 6. — [19] l. 43. D. de sol. 46, 3; l. 6. pr. D. h. t. 20, 6; l. 11. §§ 1. 5. D. de pign. a. 13, 7; l. 3. C. de luit. p. 8, 31. — [20] l. 14. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 2. C. de luit. p. 8, 31. — [21] l. 13. D. h. t. 20, 6. — [22] l. 59. pr. D. ad sct. treb. 36, 1. — [23] l. 59. pr. D. ad sct. treb. 36, 1. — [24] l. 3. l. 7. C. de praescr. 30. vel 40. ann. 7, 39. — [25] l. 59. pr. D. ad sct. treb. 36, 1. — [26] l. 38. § 5. D. de sol. 46, 3. — [27] l. 13. § 1. D. ad sct. Vell. 16, 1. — [28] l. 13. § 4. D. de pign. 20, 1.

3. Der Verkauf des Pfandes durch den vorstehenden Pfandgläubiger hebt nicht allein das Pfandrecht des Verkäufers, sondern alle Pfandrechte auf[29], vorausgesetzt, daß er ordnungsgemäß geschehen und vollzogen ist. Der Verkauf durch den nachstehenden Pfandgläubiger ist nichtig (§ 198). Der Verkauf durch den Schuldner ist, sofern darin kein Furtum liegt (§ 185 Note 5), giltig, allein er bewirkt nicht den Untergang des Pfandes[30], außer (nach einer Verordnung Justinians)[31] wenn Derjenige, welcher die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten hat, verpfändete Erbschaftssachen behufs Befriedigung der Gläubiger und Vermächtnißnehmer verkauft (§ 427 Note 14).

[29] l. 6. C. qui pot. 8, 18; l. 1. C. si ant. cred. 8, 20; l. 6. l. 7. C. de o. et a. 4, 10. — [30] l. 10. C. de rem. p. 8, 26. — [31] l. 22. § 8. C. de jure del. 6, 30.

Viertes Buch.

Die Obligationen.

Erste Abtheilung.

Die allgemeinen Lehren.

t. I. III, 13: de obligationibus. — t. D. XLIV, 7; t. C. IV, 10: de obligationibus et actionibus. — Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. 2 Bde. 1840. — Savigny, das Obligationenrecht. 2 Bde. 1851. 1853. (unvollendet!)

Erstes Capitel.

§ 208. Begriff und nähere Bestimmung der Obligation.

Fr. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. 1853. — Ryk, die Obligatio. 1878. — Savigny, §§ 2—4. 28. 37—48. 81. — Vangerow, §§ 566. 568. 602. 109.

I. Begriff. Zwei Legaldefinitionen der Obligation finden sich in den Quellen. Der erste (in den Institutionen III, 13 pr.) lautet: obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis iura; die zweite (in den Digesten XLIV, 7. l. 3. pr.) lautet: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel aliquam servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Die Obligation ist dasjenige Rechtsverhältniß, wonach der Eine (Gläubiger, creditor, reus credendi) von einem Anderen (Schuldner, debitor, reus debendi) die Leistung einer Handlung oder einer Unterlassung verlangen kann, zu welcher der Andere verpflichtet ist. In dieser Definition spricht sich (wie in den Legaldefinitionen) der Gegensatz zu den dinglichen Rechten aus: das Object der dinglichen Rechte ist in der Regel eine körperliche Sache, das der Obligation ist eine Person (daher: adstringimur . . ., ut alium nobis obstringat . . .); so verschieden das Rechtsobject, so verschieden das daran stattfindende Recht; der Gegensatz der körperlichen Sache und der Person bewirkt den Gegensatz der dinglichen Rechte und der Obligation; die dinglichen Rechte ent-

halten ein Haben (das Eigenthum das volle Haben, die iura in re aliena ein beschränktes Haben) die Obligationen enthalten ein Bekommensollen; das dingliche Recht ist eine Unterwerfung der Sache, die Obligation ist eine Beschränkung der Freiheit des Schuldners, da dieser vor Entstehung der Obligation sich vollständig frei bewegen konnte, nach Entstehung der Obligation aber zu einer Handlung oder Unterlassung gebunden (obligatus) ist.

II. Nähere Bestimmung. Die Beschränkung der Freiheit des Schuldners kann dem Umfang und der Zeit nach größer oder geringer und danach der Schuldner zu Mehr oder zu Weniger, länger oder kürzer verpflichtet sein. Die Obligation kann demnach bestehen in der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums oder eines dinglichen Rechts an einer Sache (— welches beides in den Quellen mit dare im engeren Sinn bezeichnet wird [1] —), zur Gestattung des Gebrauchs oder der Fruchtziehung einer Sache, zur Vornahme einer Arbeit und dergl. Was aber die Grenze, das Maß und den Grund der Obligation betrifft, so gelten folgende Regeln: 1. ihre Grenze findet die Obligation in dem Gesetz der Natur, des Staats und der guten Sitte; 2. ihr Maß darf die Obligation nicht in dem bloßen Gutdünken des Schuldners finden; 3. ihren Grund hat die Obligation (wie die Privatrechte überhaupt, § 16) in dem Interesse des Berechtigten d. h. des Gläubigers. — Diese drei Regeln bedürfen noch einer näheren Ausführung.

Ad 1. Von Natur unmöglich [2] ist z. B. die Leistung einer bereits untergegangenen Sache [3]; von Staatsgesetzes wegen unmöglich ist z. B. die Leistung einer res divini iuris, die Eigenthumsübertragung an einem freien Menschen [4]. Von Beiden heißt es: inpossibilium nulla est obligatio [5]. Der Kreis des der guten Sitte Widersprechenden (turpe, unerlaubt) ist sehr umfangreich; denn es heißt: quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dicam, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est [6], d. h. jede pietät- und ehrwidrige Handlung ist für ein sittliches Wesen unmöglich [7]. Demgemäß ist jede dem Gesetze der Natur, des Staats, der guten Sitte widersprechende Obligation nichtig und zwar (was Einige mit Unrecht bestreiten) gleichviel, ob die Parteien den Charakter derselben kannten oder nicht [8]; jedoch begeht der Versprechende, wenn er bei gehöriger Aufmerksamkeit die Unmöglichkeit der Obligation hätte erkennen müssen, eine sog. culpa in contrahendo (z. B. er verkauft eine Sache, welche extra commercium ist, als seine eigene, oder eine Erbschaft, die ihm garnicht angefallen ist), und er muß deshalb dem anderen Theil, falls dieser jenen Charakter ohne seine Schuld nicht kannte, das sog. negative Vertragsinteresse ersetzen, d. h. allen den Nachtheil,

---

[1] l. 4. pr. D. de us. 22, 1; l. 75. § 10. D. de v. o. 45, 1; l. 167. pr. D. de r. j. 50, 17; Gai. 7. 4, 4. — [2] l. 35. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 31. D. de r. j. 50, 17. — [3] §§ 1. 5. I. de in st. 3, 19; l. 15. pr. D. de c. e. 18, 1; l. 69. l. 97. pr. D. de v. o. 45, 1. — [4] § 2. I. de in. st. 3, 19; l. 103. D. de v. o. 45, 1. — [5] l. 185. D. de r. j. 50, 17; cf. l. 182. eod. — [6] l. 15. D. de cond. inst. 28, 7. — [7] l. 26. l. 27. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 4. C. de in. st. 8, 39. — [8] l. 15. pr. l. 57. pr. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 7. D. de her. v. 18, 4.

welchen der letztere dadurch erleidet, daß er sich auf das Zustandekommen des Vertrags verlassen hat (z. B. er hat Verwendungen auf die zu erwerbende Sache gemacht)[9].

Ad 2. Schlechthin ins Gutdünken des Schuldners ist das Maß der Obligation gestellt, wenn Jemand z. B. Weizen verspricht ohne Hinzufügung der Quantität, ein Grundstück ohne nähere Bezeichnung und dgl.[10]; eine solche Obligation ist nichtig[11]. Wohl aber darf ihr Maß in das Gutdünken eines Dritten gestellt werden; es wird alsdann die Obligation eine bedingte, nämlich abhängig von dem Ausspruch des Dritten[12]. Von dem Gutdünken ist das billige Ermessen (arbitrium boni viri) zu unterscheiden, welches eben in der Billigkeit seinen Maßstab hat; daher darf das Maß der Obligation nicht bloß von dem billigen Ermessen eines Dritten, sondern auch von dem des Schuldners[13] oder des Gläubigers[14] abhängig gemacht werden; fällt das Ermessen unbillig aus, so wird es vom Richter auf Anrufen der anderen Partei berichtigt[15]; unterbleibt das Ermessen, so wird es vom Richter gefällt. — Das Gesagte ergibt, daß das Maß der Obligation nicht durchaus bestimmt zu sein braucht. Daher können Gattungssachen selbst ohne nähere Bestimmung der Qualität Gegenstand der Obligation sein; der Schuldner hat alsdann (nach der Regel: in dubio secundum debitorem)[16] die Wahl unter den einzelnen Sorten und Sachen[17]. Daher können ferner zwei oder mehrere Gegenstände in alternativer Weise (d. h. so, daß nur einer von ihnen geleistet werden soll) Gegenstand der Obligation sein (alternative Obligation). Auch hier steht das Wahlrecht dem Schuldner zu (selbst dem morosen)[18], und zwar so, daß er von der getroffenen Wahl bis zur vollständigen[19] Leistung abgehen darf[20]; nur wenn er sich das Wahlrecht ausdrücklich im Vertrage vorbehalten, hat er kein Variationsrecht[21]; das Gleiche gilt, wenn er ein Erfüllungsversprechen (constit. debiti, § 264) bezüglich Eines Gegenstandes abgegeben hat[22]. Dem Gläubiger kommt das Wahlrecht nur dann zu, wenn er es sich ausdrücklich vorbehalten hat; er hat alsdann, wenn nicht durch Vertrag das Gegentheil festgestellt ist, bis zur Anstellung der Klage ein Variationsrecht[23]; maßt sich der Gläubiger ein Wahlrecht in der Klage an, ohne

---

[9] l. 8. § 1. D. de rel. 11, 7; l. 8. 9. D. de her. v. 18, 4; l. 21. pr. D. de a. e. v. 19, 1; l. 62. § 1. D. de contr. e. 18, 1. — [10] l. 94. l. 95. l. 108. § 1. l. 115. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 69. § 4. D. de j. d. 23, 3. — [11] l. 71. pr. D. de leg. 1. (30). — [12] l. 75. D. pro soc. 17, 2; l. 25. pr. D. loc. 19, 2. — [13] l. 69. § 4. D. de j. d. 23, 3; l. 7. pr. D. de c. e. 18, 1; l. 3. C. de dot. pr. 5, 11. — [14] l. 24. pr. D. loc. 19, 2; l. 30. D. de op. lib. 38, 1; l. 22. § 1. D. de r. j. 50, 17. — [15] ll. 76—80. D. pro soc. 17, 2. — [16] l. 47. D. de o. et a. 44, 7. — [17] l. 32. § 3. D. de c. i. 12, 6; l. 99. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 52. D. mand. 17, 1; l. 3. D. de r. c. 12, 1. — [18] l. 47. § 3. D. de leg. 1. (30). (verba: „quoties moram non est facturus legatario, welche keineswegs mit quoties moram non fecit identificirt werden dürfen). — [19] l. 26. §§ 13. 14. D. de c. i. 12, 6; l. 21. § 6. D. de a. e. v. 19, 1. — [20] l. 138. § 1. l. 106. l. 75. § 8. D. de v. o. 45, 1; l. 6. § 1. D. de r. j. 42, 1; l. 10. § 6. D. de j. d. 23, 3; l. 25. pr. l. 34. § 6. D. de c. e. 18, 1; § 33. I. de a. 4, 6. — [21] l. 138. § 1. i. f. cit; l. 84. § 9. D. de leg. 1. (30); l. 11. § 1. D. de leg. 2. (31). — [22] l. 25. pr. D. de p. c. 13, 5; l. 27. § 6. D. de p. 2, 14. — [23] l. 112. pr. l. 75. § 8. D. de v. o. 45, 1; l. 6. § 1. D. ad sct. tert. 38, 17; l. 34. § 6. D. de c. e. 18, 1.

es zu haben, so begeht er eine pluspetitio causa[24]. Das Wahlrecht geht unter, wenn ein Gegenstand durch reinen Zufall untergeht: dann verwandelt sich die alternative Obligation, in welcher es sich um zwei Gegenstände handelt, (nach dem Grundsatz: duae res sunt in obligatione sed altera in solutione)[25] in eine einfache (obl. pura)[26].

Ad 3. Eine Obligation ohne Interesse des Gläubigers, also zur bloßen Befriedigung einer Laune ist nichtig. Streitig ist, ob es auch auf die nähere Beschaffenheit des Interesse ankommt, genauer: ob dasselbe ein Vermögensinteresse sein muß oder ein Affectionsinteresse sein kann (§ 16), z. B. der Verkäufer einer Sklavin bedingt sich aus, daß sie nicht prostituirt werde[27]; auf einem fremden Grundstücke haut Jemand eine Baumallee nieder und fügt dadurch nicht bloß dem Eigenthümer des Grundstücks eine Vermögensbeschädigung zu, sondern er schmälert zugleich dem Nießbraucher des Grundstücks die Annehmlichkeit des Spazierganges[28]; es bedingt sich Jemand aus, daß ein Anderer an seinem Grabe gewisse religiöse Ceremonien vollziehe[29] und dgl. Nach der herrschenden Ansicht ist das Affectionsinteresse nur dann ein hinreichender Grund zur Obligation, wenn sich an dasselbe durch besondere hinzutretende Umstände ein Vermögensinteresse anschließt, z. B. es ist eine Conventionalstrafe ausbedungen. Man muß aber vielmehr nach reinem Römischen Rechte die obligationes stricti iuris und bonae fidei (§ 84) unterscheiden; bei letzteren genügte das Affectionsinteresse[30] und zwar verurtheilte der Richter den Schuldner, falls keine Conventionalstrafe bedungen war, zur Zahlung einer von ihm arbitrirten Geldstrafe[31], damit dem verletzten Rechtsgefühl des Klägers eine Genugthuung werde; bei den stricti iuris negotia, bei denen dem Richter das freie Ermessen, also die Befugniß zur Festsetzung einer Strafe fehlte, mußte das Interesse ein Vermögensinteresse sein[32]. Heutzutage, wo die römischen stricti iuris obligationes untergegangen sind, ist allgemein der Grundsatz der bonae fidei obligationes anzuwenden. — Uebrigens fällt in sehr vielen[33] Fällen das Affectionsinteresse mit einer sittlichen Pflicht zusammen: daraus haben Einige die Behauptung ableiten wollen, daß es nur dann hinreiche, wenn der Gläubiger einer sittlichen Pflicht genügen wolle; diese Ansicht ist unrichtig[34].

Zusatz. Das Wort obligatio ist mehrdeutig. Es bezeichnet 1) die Forderung[35], 2) die Schuld[36], 3) das ganze Rechtsverhältniß, dessen zwei Seiten die Forderung und Schuld sind[37], 4) den obligirenden Act, daher die Kunstausdrücke verborum, literarum obligatio[38], 5) in der Zu-

[24] § 33. I. de a. 4, 6; l. 46. § 1. D. de j. d. 23, 3. — [25] l. 128. i. f. D. de v. o. 45, 1. — [26] l. 34. § 6. D. de c. e. 18, 1; l. 10. § 6. D. de j. d. 23, 3; l. 47. § 3. de leg, 1. (30); l. 9. § 2. de fund. dot. 23, 5; l. 128. cit; l. 2. § 3. D. de eo quod. c. l. 13, 4. — [27] l. 6. l. 7. D. de serv. exp. 18, 7. — [28] l. 16. § 1. D. quod vi 43, 24. — [29] l. 44. D. de man. test. 40, 4. — [30] l. 54. mand. 17, 1. und die Stellen Note 27—29. 33. — [31] l. 14. § 1. D. de serv. c. 11, 3. — [32] l. 54. D. mand. 17, 1; l. 38. § 17. D. de v. o. 45, 1; l. 9. § 2. D. de statul. 40, 7. — [33] Vgl. noch l. 1. § 2. D. de tut. 27, 3; l. 7. l. 71. pr. D. de condit. 35, 1. — [34] l. 16. § 1. D. qu. vi 43, 24. — [35] § 2. I. de r. c. 2, 2; l. 1. § 1. D. de r. d. 1, 8; l. 126. § 2. D. de v. o. 45, 1. — [36] l. 36. D. de r. c. 12, 1. — [37] Vgl. die oben abgedruckten Legaldefinitionen. — [38] l. 1. § 21. D. de tut. 27, 3.

sammensetzung pignoris obligatio die Verpfändung[39] (im Gegensatz zu personae obligatio, § 185 Note 1).

Zweites Capitel.
Entstehung der Obligationen.

I. § 209. Die Classification von Gaius und Justinian.

Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen. 1840. — Gneist, die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts. 1845. — Schlesinger, zur Lehre von den Formalcontracten. 1858. — Girtanner, die Stipulation. 1859. — Karsten, die Bedeutung der Form im Obligationenrecht. 1. Abth. Röm. Lehre v. d. Stipulation. 1878. — Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 1: condictio ex poenitentia. 1878. — Savigny, §§ 51. 52. 72—75. 82—85. — Vangerow, §§ 572. 595—600.

Durch Aussprüche von Gaius[1] und Justinian[2] ist in der romanistischen Rechtswissenschaft eine Viertheilung der Obligationen nach ihrem Entstehungsgrunde gebräuchlich geworden; nach dem Satze: aut obligationes ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio[3] unterscheidet man Contracte, Delicte, Quasicontracte, Quasidelicte.

A. Contracte. Contracte sind diejenigen obligatorischen Verträge, welche bereits dem alten Civilrecht angehören; es gab deren vier Arten, deren charakteristisches Kennzeichen, die sog. causa civilis (wohl zu unterscheiden von der causa obligationis, § 214, und von der causa debendi, § 231), entweder in dem Gebrauch gesprochener Worte (verba), oder in der Anwendung einer gewissen Schriftform (literae), oder in einer Leistung des Gläubigers (res), oder in der formlosen Willensübereinstimmung der Contrahenten (consensus) bestand; danach unterscheidet man: 1) Verbalcontracte, 2) Literalcontracte, 3) Realcontracte, 4) Consensualcontracte; die ersteren beiden nennt man formelle Contracte, die letzteren beiden nichtformelle oder materielle.

1. Verbalcontracte sind nur dann denkbar, wenn die Contrahenten reden und hören können und sich am selben Orte befinden; es gab deren nach classischem Recht drei: stipulatio, dotis dictio, operarum iurata promissio.

a. Stipulatio[4] ist ihrer Form nach eine directe mündliche Frage des einen Contrahenten (stipulator, reus stipulandi) und eine mündliche Antwort des anderen (promissor, reus promittendi); ursprünglich waren die Worte vorgeschrieben, später der freien Wahl der Parteien überlassen; doch waren selbst nach classischem Recht die Worte spondes-spondeo den Römern vorbehalten, andere Worte: dabis-dabo, facies-faciam, promittis-promitto, *δώσεις-δώσω, ποιήσεις-ποιήσω, ὁμολογεῖς-ὁμολογῶ* u. dgl. den Römern und Peregrinen gemeinsam. Durch Kaiser Leo (469)

---

[39] l. 11. D. qu. m. p. 20, 6.

[1] l. 1. l. 5. D. de o. et a. 44, 7; vgl. Gai. 3, 88. — [2] § 2. I. de obl. 3, 13 und die Ueberschriften von t. I. 3, 27 und 4, 5. — [3] § 2. de obl. 3, 13. — [4] Gai. 3, 92. sqq.; t. I. 3, 15: de verb. obl.

wurde alle Wortfeierlichkeit der Stipulationen abgeschafft, mithin der Gebrauch irgend welcher Worte und Wortformen freigegeben[4a] — Es war gebräuchlich über die Stipulation eine Urkunde (cautio) aufzunehmen[5], und es bildete sich allmählich der Rechtssatz, daß die Cautio unbedingt beweisend sei[6], d. h. auch der Gegenbeweis war ausgeschlossen, außer wenn dargethan wurde, daß der eine Contrahent zur Zeit der Cautionsausstellung am Orte nicht anwesend gewesen sei[7]. In Folge dessen sprach man die Stipulationsworte nicht mehr, sondern man schrieb sie in der Cautio als gesprochen nieder; mit anderen Worten: der Sitte nach ging die Stipulation in einen schriftlichen Contract über. — Ihrem Inhalt nach ist die Stipulation fast so umfassend wie die Obligation überhaupt; sie kann jede denkbare Vertragsverpflichtung, sobald sie einseitig ist und einen Vermögenswerth hat, in sich aufnehmen: Leistung von Geld, von anderen Sachen, von Arbeiten, Unterlassungen u. s. w. Ebendeshalb stellten die römischen Juristen die allgemeine Theorie der Verträge vorzugsweise an der Stipulation dar, und um diese Theorie zu ergründen, ist noch für das heutige Recht das Studium der Stipulation (wiewohl diese an sich heut nicht mehr im Gebrauch ist) durchaus erforderlich. — Die Klage aus der Stipulation ist je nach ihrem Inhalt die condictio certi, triticaria, incerti; statt der cond. incerti kann auch die actio ex stipulatu angestellt werden (§ 84). — Häufig wurde eine Stipulation (nebst Cautio) deshalb abgeschlossen, weil der Stipulator dem Promissor eine Vorleistung versprochen hatte; stellte nun der erstere gegen den letzteren die Klage aus der Stipulation an, so konnte der letztere mittels exceptio doli die Abrede über die Vorleistung geltend machen, und der Gläubiger mußte dann den Beweis der Vorleistung führen[8]. Für den Fall, daß jene Vorleistung in einem zu zahlenden Darlehn bestehen sollte, verordneten kaiserliche Constitutionen seit dem 3. Jahrhundert[9], daß die exc. doli (genauer exc. non numeratae pecuniae) nur bis zum Ablauf einer bestimmten Frist (zuerst von einem Jahr, seit Diocletian von fünf, seit Justinian von zwei Jahren) nach Ausstellung der Urkunde noch zulässig sein sollte; nach Verlauf dieser Frist begründete diese Stipulation resp. die Caution für den Aussteller eine unbedingte Zahlungspflicht. — Aehnlich der Stipulationscaution war die Urkunde, welche ohne die Form der Stipulation als Bekenntniß über ein empfangenes Darlehn ausgestellt wurde[10]; auch auf diese wurden die eben erwähnten Grundsätze der exc. non num. pec. angewendet; s. das Nähere in § 231.

b. Die dotis dictio[11] ist eine zu Justinians Zeit abgekommene mündliche Bestellung der Dos, gewöhnlich mit den Worten: tot nummi tibi doti sunto.

[4a] l. 10. C. de stip. 8, 38. — [5] Beispiele siehe in l. 40. D. de r. c. 12, 1; l. 126. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 11. § 2. D. de d. r. 45, 2. — [6] Paul. sent. rec. V, 7. § 2; l. 134. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 1. C. de st. 8, 38; § 8. I. de fidei. 3, 20. — [7] l. 14. § 2. C. de cont. stip. 8, 38; l. 10. C. eod.; § 12. I. de inut. st. 3, 19. — [8] Gai. 4, 116; l. 2. § 3. D. de dol. exc. 44, 4; § 2. I. de exc. 4, 13. — [9] l. 8. l. 9. l. 10. l. 14. pr. C. de non num. pec. 4, 30. — [10] l. 41. § 2. D. de us. 22, 1. — [11] l. 25. l. 44. § 1. l. 46. § 1. l. 57. l. 59. pr. D. de j. d. 23, 3; Ulp. fr. 6, 2; fr. Vat. §§ 99. 100.

c. Operarum iurata promissio[12]. Der Freigelassene pflegte dem Patron sofort nach der Freilassung Dienste zu versprechen, es geschah dies entweder durch Stipulation oder durch Eid.

2. Der Literalcontract (nomen transcripticium) ist zu Justinians Zeit abgekommen; er entstand durch die Eintragung von Geldschulden in den codex expensi und accepti[13].

3. Realcontracte sind nach Justinianischem Rechte doppelter Art: die sog. benannten und die unbenannten.

a. Die benannten. Gewisse Realcontracte (nämlich diejenigen, die auf eine Rückleistung des Gegebenen, sei es der Gattung nach, sei es in derselben Species gerichtet sind: Darlehn, Commodat, Depositum, Pfandvertrag, §§ 273—279) gehören zu den allergewöhnlichsten Rechtsgeschäften; sie sind deshalb schon in der Zeit der Republik mit besonderer Bezeichnung und Theorie versehen worden; sie sind giltig, trotzdem das Rückleistungsversprechen formlos erfolgt ist.

b. Die unbenannten (sog. Innominatrealcontracte)[14]. Macht Jemand einem Anderen eine Leistung unter der formlosen Verabredung einer Gegenleistung, so war nach dem Recht der Republik keine Verpflichtung des Empfängers zu Stande gekommen, und der letztere konnte, wenn er nicht freiwillig leistete, von dem Vorleistenden nur auf Rückleistung des Empfangenen (mit der condictio ob causam datorum, § 282) belangt werden, weil er ihn in seiner Erwartung der Gegenleistung getäuscht hatte[15]. Seit dem Anfang der Kaiserzeit[16] aber gilt der Empfänger zur verabredeten Gegenleistung verpflichtet[17]; es ward aber trotzdem die Befugniß des Vorleistenden, die Vorleistung zurückzufordern, nicht abgeschafft; vielmehr hing es von der Wahl[18] des Vorleistenden ab, ob er den Empfänger (mit einer actio praescriptis verbis, in factum civilis)[19] zur Erfüllung der Gegenleistung oder ob er ihn (mit der cond. ob causam datorum) zur Rückgabe der Vorleistung anhalten wollte; ja sein Wahlrecht war so unbeschränkt, daß er die Rückgabe der Vorleistung nicht bloß wegen Säumigkeit des Empfängers, sondern zuweilen (§ 282 a. E.) auch bei Unmöglichkeit der Gegenleistung (ob causam non secutam)[20] und nach richtiger Meinung auch aus reiner Laune (kraft des sog. ius poenitendi, Reurechts) verlangen konnte[21]; erst die freiwillige Gegenleistung hob das Reurecht auf[22]. — Die hieher gehörigen Verträge trugen meist im gemeinen Leben keinen besonderen Namen (sie sind „unbenannte“ Verträge) und deshalb wurden sie massenweise in vier Kategorien eingetheilt[23]: do ut des (Tausch), do ut facias, facio ut des,

[12] t. D. 38, 1; C. 6, 3: de operis libertorum. — [13] Gai. 3, 128. sqq.; 7. t. I. 3, 21: de liter. obl. — [14] t. D. 19, 5: de praescriptis verbis; t. C. 4, 64: de rerum permutatione et praescriptis verbis. — [15] l. 65. § 4. D. de c. ind. 12, 6. — [16] l. 1. § 1. l. 19. pr. l. 20. pr. D. h. t. 19, 5. — [17] l. 8. l. 15. D. h. t. 19, 5; l. 7. §§ 2. 4. D. de pact. 2, 14. — [18] l. 5. §§ 1. 2. l. 7. D. h. t. 19, 5; l. 4. l. 5. C. h. t. 4, 64. — [19] l. 7. § 2. D. de pact. 2, 14; l. 23. i. f. D. comm. div. 10, 3; l. 6. C. de transact. 2, 4; l. 6. C. h. t. 4, 64. — [20] l. 5. §§ 1. 2. l. 3. §§ 3. 5. l. 5. § 1. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 5. l. 10. C. de c. ob. c. d. 4, 6. — [21] l. 3. §§ 2. 3. l. 5. pr. §§ 1—4. D. c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 5. § 1. l. 7. D. h. t. 19, 5; l. 1. l. 4. l. 5. l. 7. C. h. t. 4, 64. — [22] l. 1. pr. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 3. pr. § 1. eod. — [23] l. 5. D. h. t. 19, 5.

facio ut facias. Ihre Giltigkeitserklärung geschah nur allmählich; selbst Paulus erkennt nicht die gedachte dritte Kategorie an[24], während die übrigen classischen Juristen alle vier als giltig behandeln.

4. Consensualcontracte. Durch formlose Abrede entstanden nach altem Civilrecht bloß in vier Fällen giltige Obligationen[25]: Kauf, Miethe, Societät, Mandat (§§ 286—307). Sonstige formlose Abreden (pacta) erzeugten keine Obligation, nach richtiger Meinung nicht einmal eine naturale[26], nur das pactum usurarum erzeugte eine Naturalobligation[27]. Die spätere Rechtsentwicklung bis Justinian brachte hiezu nur wenige Modificationen:

a. Einige Pacta wurden klagbar: theils durch das Juristenrecht (so diejenigen, welche sofort bei Abschluß eines bonae fidei negotium hinzugefügt wurden, p. adiecta)[28], theils durch das prätorische Recht (so das constitutum, § 264, das pactum iurisiurandi, § 99: sog. pacta praetoria), theils durch Kaisergesetze (so das pactum dotis, das p. donationis bis zu 500 solidi, §§ 332. 69: sog. pacta legitima)[29]. Alle klagbaren Pacta zusammen heißen heute p. vestita im Gegensatz zu den p. nuda.

b. War das Pactum auf eine gegenseitige Leistung gerichtet, und machte die eine Partei die von ihr versprochene Leistung, so entstand ein Innominatrealcontract (oben 3. b).

c. Ein neuer Consensualcontract wurde von Kaiser Zeno im contractus emphyteuticarius aufgestellt (§ 179).

B. Delicte. 1. Begriff und Erfordernisse. Delict ist eine solche positive unerlaubte Handlung, welche eine selbständige Obligation erzeugt. Jedes Delict setzt zu seiner Entstehung voraus: a) eine positive pflichtwidrige Handlung, die Pflichtwidrigkeit muß in der Regel in Dolus, in Einem Fall (bei dem damnum iniuria datum, § 313) kann sie in Culpa bestehen; nur zurechnungsfähige Personen sind delictfähig (§ 71); b) die Beschädigung eines menschlichen Gutes (Körper, Freiheit, Vermögen, Ehre).

2. Die Obligation aus einem Delict kann eine doppelte sein:

a. die Verpflichtung zum Schadensersatz, geltend zu machen mit einer sog. actio rei persecutoria (§ 81); dies ist nur dann der Fall, wenn durch das Delict ein Vermögensnachtheil zugefügt worden ist;

b. die Verpflichtung zur Strafzahlung, geltend zu machen mit einer actio poenalis (§ 81); es wurden nämlich nach altem Römischen Recht gewisse Vergehen (die sog. Privatdelicte) nicht mit öffentlicher Strafe, sondern mit einer Geldbuße an den Verletzten gesühnt, welche der letztere im Wege des Civilprocesses von dem Delinquenten einfordern konnte; erst in der Kaiserzeit wurde bei den meisten Delicten dem Verletzten zwischen der Eintreibung der Privatstrafe im Civilprocesse und dem

---

[24] l. 5. § 3. D. h. t. 19, 5; vgl. auch l. 4. C. de dolo 2, 21. — [25] l. 15. l. 22. D. h. t. 19, 5; l. 3. § 4. D. de c. e. d. c. n. s. 12, 4. — [26] l. 1. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 56. D. de fid. 46, 1. — [27] l. 5. § 2. D. de sol. 46, 3; l. 3. l. 4. l. 22. C. de us. 4, 32; l. 11. § 3. D. de pign. a. 13, 7. — [28] l. 7. §§ 5. 6. D. de pact. 2, 14; l. 72. l. 75. l. 79. D. de c. e. 18, 1. — [29] l. 6. C. de dot. prom. 5, 11; l. 35. C. de don. 8, 54.

Antrage auf öffentliche Bestrafung wegen crimen extraordinarium die Wahl gegeben[30], und gewöhnlich ward das letztere gewählt[31]. — Es ist möglich, daß Eine delinquirende Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, und es fragt sich, ob der Delinquent alsdann sämmtliche Strafen erdulden solle? Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

α. wenn verschiedene Rechte verletzt sind, so treten sämmtliche Strafen cumulativ ein; daher muß Derjenige, welcher einem Sklaven die Kleider stiehlt, wenn der Sklave hierauf in Folge der Erkältung stirbt, sowohl die Strafen des Diebstahls als der Sklaventödtung erdulden[32]; wer einen fremden Sklaven zum Diebstahl beredet, haftet sowohl dem Bestohlenen als intellectueller Urheber des Diebstahls wie dem Herrn des Sklaven wegen dessen Corruption[33];

β. wenn bloß Ein Recht, aber mehrere Strafgesetze verletzt sind (so daß die delinquirende Handlung unter den Begriff verschiedener Delicte fällt, z. B. Jemand mißhandelt einen fremden Sklaven, was sowohl Vermögensbeschädigung als Injurie ist[34]; Jemand haut heimlich fremde Bäume ab, was sowohl die act. arborum furtim caesarum als die act. legis Aquiliae nach sich zieht[35]; der raptor kann sowohl als solcher mit der act. vi bonorum raptorum wie als Dieb mit der act. furti nec manifesti belangt werden[36]), so stritten die römischen Juristen über die Beurtheilung: Einige wollten die Grundsätze der alternativen, Andere die der electiven Klagenconcurrenz (§ 85) angewendet wissen[37] (einige Romanisten behaupten[38] — aber mit Unrecht —, daß es unter den classischen Juristen auch Anhänger der Cumulation der Strafen gegeben habe); beide Ansichten sind in den Quellen vertreten, und aus inneren Gründen ist der Ansicht der electiven Klagenconcurrenz der Vorzug zu geben.

C. Quasicontracte. Man versteht darunter contractsähnliche Obligationen. Gaius[39] und Justinian[40] bemerken nämlich von einigen Obligationen, daß der Schuldner verpflichtet sei, trotzdem er mit dem Gläubiger keinen Contract abgeschlossen, und trotzdem er auch kein Delict begangen habe; sie fügen hinzu, daß deshalb (!) seine Verpflichtung quasi ex contractu entstehe; sie rechnen hieher folgende Fälle: 1) die Obligation des negotiorum gestor (§ 309), 2) die des Tutor (§ 382), 3) die der nichtvertragsmäßigen Gemeinschafter (§ 304), 4) die Obligation des Erben gegen den Vermächtnißnehmer (§ 444), 5) die Obligation Desjenigen, der durch Empfang einer Nichtschuld bereichert ist (§ 281). Neuere Juristen zählen hierher noch 6) die Litiscontestation (§ 95 unter V).

---

[30] l. 56. § 1. l. 92. D. de furt. 47, 2; l. 6. l. 45. D. de inj. 47, 10; l. 3. D. de pr. del. 47, 1. — [31] l. 92. cit; l. 45. cit. — [32] l. 14. § 1. D. de pr. v. 19, 5. — [33] l. 11. § 2. D. de serv. corr. 11, 3. — [34] l. 34. pr. D. de o. et a. 44, 7; l. 15. §§ 34. 46. D. de inj. 47, 10; l. 8. C. de inj. 9, 35. — [35] l. 1. l. 11. D. a. f. c. 47, 7. — [36] l. 1. D. vi b. r. 47, 8; l. 88. D. de furt. 47, 2. — [37] Vgl. einerseits die Stellen Note 34—36; andererseits l. 53. pr. D. de o. et a. 44, 7 und den Bericht von Paulus in l. 34. pr. D. de o. et a. 44, 7. — [38] Wegen l. 60. D. de o. et a. 44, 7; l. 130. D. de r. j. 50, 17; l. 32. D. de o. et a. 44, 7; l. 6. D. ad l. I. de ad. 48, 5. — [39] l. 5. pr. § 3. D. de o. et a. 44, 7. — [40] t. I. 3, 27. de obl. quasi ex contr.

D. Quasidelicte. Man versteht darunter delicts-ähnliche Obligationen. Gaius[41] und Justinian[42] bemerken nämlich von einigen Obligationen, daß der Schuldner verpflichtet sei, trotzdem er kein Delict begangen, und sie fügen hinzu, daß deshalb (!) seine Verpflichtung quasi ex maleficio entstehe; sie rechnen hieher die Obligation: 1) des iudex qui litem suam facit (§ 322), 2) Desjenigen, welcher mit der act. de effusis et eiectis, sowie Desjenigen, welcher mit der act. de positis et suspensis haftet (§§ 314. 316), 3) der Schiffer, Gast- und Stallwirthe, welche nach dem edictum de nautis cauponibus et stabulariis haften (§ 298).

II. 210. Kritik der Gaianisch-Justinianischen Classification und Ersetzung durch eine andere.

Hesse, über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen Römischen Rechts. 1868. — Brinz, kritische Blätter Nr. 1. 1852. — Savigny, §§ 76. 77. — Vangerow, § 600.

A. Kritik. Die Viertheilung der Entstehungsgründe der Obligationen gehört nicht der römischen Rechtswissenschaft überhaupt an, sondern nur der Anschauung von Gaius[1], welchem Justinian[2] sie entlehnt hat; die übrigen römischen Juristen begnügten sich mit Angabe der hauptsächlichsten Entstehungsgründe: Contract und Delict. Die Viertheilung ist ferner nicht erschöpfend: eine große Anzahl von Obligationen läßt sich darunter nicht subsumiren. Die Viertheilung enthält endlich zwei unklare Ausdrücke; zwar bedeutet das Wort „Contract", daß die Obligation in dem Willen der Parteien ihren Grund habe, ferner das Wort „Delict", daß das widerrechtliche Handeln eine Obligation erzeuge; allein welcher Umstand die sog. obl. quasi ex contractu resp. delicto erzeuge: das ergibt die Bezeichnung nicht; auch die wiederholentlich von Gaius und Justinian gebrauchten Worte: sed quia non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur u. dgl., geben keinen Grund für die Entstehung der Obligationen an, sie weisen vielmehr bloß darauf hin, daß der Schuldner aus dem sog. Quasicontract ähnlich dem Contractsschuldner, der Schuldner aus dem sog. Quasidelict ähnlich dem Delictsschuldner beurtheilt werden solle. — Als brauchbare Begriffe bei der Classification der Entstehungsgründe der Obligationen liefert hiernach das Römische Recht nur den Contract und das Delict.

B. Ersatz der Gaianisch-Justinianischen Classification durch eine andere. Es sind fünf Entstehungsgründe der Obligationen aufzustellen: 1) der Vertrag, 2) der einseitige Wille des Schuldners resp. seines Erblassers, 3) der Wille des Richters, 4) das einseitige Eingreifen einer Person in die Rechtssphäre einer anderen, sei es ein unerlaubtes (Delict) oder ein erlaubtes, 5) die positive Gesetzesvorschrift.

---

[41] l. 5. §§ 4—6. D. de o. et a. 44, 7; l. 6. D. de extr. cogn. 50, 13. — [42] t. I. 4, 5: de obl. quae quasi ex del. nascuntur.

[1] l. 1. l. 4. l. 5. D. de obl. et a. 44, 7. — [2] § 2. I. de obl. 2, 13.

1. Der Vertrag. Bei der Reception des Römischen Rechts in Deutschland fanden die Verbalcontracte keinen Eingang; vielmehr bildete sich der Grundsatz, daß jedes Versprechen, wenngleich formlos abgegeben, eine giltige Obligation erzeuge; demgemäß muß im heutigen Recht an Stelle des „Contracts" der obligatorische „Vertrag" gesetzt werden. Es ist bestritten, ob der Vertrag heute stets den Charakter des Römischen Consensualcontracts habe oder vielmehr die Römische Eintheilung in Real- und Consensualverträge noch heute geltend sei. Nach richtiger Meinung muß man die unbenannten und benannten Realcontracte unterscheiden:

a. die Römischen unbenannten Realcontracte sind heutzutage als Consensualverträge aufzufassen; denn jede Partei verspricht dem Gegentheil eine an sich selbständige Leistung; schon das bloße Versprechen ist nach heutigem Recht klagbar, und jede Partei kann von der anderen Erfüllung verlangen, auch ohne daß sie vorgeleistet hat, vorausgesetzt nur, daß sie zur Leistung bereit ist (weil ihr sonst die sog. exc. non adimpleti contractus entgegensteht, § 215); auch kann die Partei, welche vorgeleistet hat, nach heutigem Recht kein Reurecht mehr geltend machen; denn sie hat durch die Vorleistung eine giltige Schuld bezahlt; nur dann findet noch heut ein Reurecht statt, wenn dies in der Absicht der Parteien liegt, z. B. wenn das ganze Geschäft lediglich für den Vorleistenden ein Interesse hat.

b. Die Römischen benannten Realcontracte sind sämmtlich auf die Rückgabe einer empfangenen Leistung gerichtet; das Versprechen der Rückgabe findet noch heut unverändert statt, und deshalb sind jene Verträge noch heut Realverträge. Zwar geht häufig jenen Verträgen ein Versprechen der Vorleistung (z. B. das pactum de mutuo dando, de commodando) voraus, welches nach heutigem Recht klagbar ist; allein das Versprechen der Rückleistung wird nicht zugleich mit dem Vorleistungsversprechen abgegeben, es erfolgt erst bei der Vorleistung, weil es vorher gar nicht oder nur als bedingtes denkbar ist.

2. Der einseitig erklärte Wille des Schuldners resp. seines Erblassers ist in einigen Fällen Entstehungsgrund der Obligation: in den Pollicitationen (§ 211) und in den Vermächtnissen (§ 444).

3. Durch den Willen des Richters kann eine Obligation in Theilungsprocessen (act. familiae erciscundae und communi dividundo) entstehen; gleichwie der Richter zum Zweck der Theilung dingliche Rechte aller Art constituiren kann, so kann er auch dem Adjudicatar eine Entschädigung an den Genossen auferlegen (§ 132 Note 1). — In Restitutionsprocessen (§ 111) kann der Richter eine untergegangene Obligation wiederherstellen.

4. Von großer Bedeutung als Entstehungsgrund der Obligationen ist das einseitige Eingreifen einer Person in die Rechtssphäre einer anderen; da ein Jeder die Folgen seiner Handlungen tragen muß, so kann jedes einseitige Eingreifen in eine fremde Rechtssphäre, namentlich in ein fremdes Vermögen, Entstehungsgrund von Obligationen sein, gleichviel ob es widerrechtlich ist oder rechtlich gestattet.

a. Das widerrechtliche Eingreifen fällt mit dem römischen Begriff des Delicts zusammen, und unterliegt dessen Grundsätzen, jedoch mit einer

wichtigen Modification. Während nämlich nach Römischem Recht aus dem Delict ein Anspruch auf Schadensersatz oder auf Strafe oder auf beides zugleich entspringen kann, ist heut der Anspruch auf Strafe, abgesehen von wenigen Ausnahmen, gefallen (§ 81 unter III).

b. Das rechtlich erlaubte Eingreifen in eine fremde Vermögenssphäre begreift die Obligationen aus der Geschäftsführung ohne Auftrag, aus der Vormundschaft, aus der zufälligen Gemeinschaft.

5. Aus besonders dringenden Billigkeitsrücksichten hat das Recht mehrfach Obligationen eingeführt; dieselben sind verschiedenen Inhalts; sehr häufig hängen sie damit zusammen, a) daß Jemand aus einem fremden Vermögen formell auf rechtlichem Wege, materiell aber ohne Grund bereichert ist (§ 280 sq.), b) daß zwischen zwei Personen ein nahes Verwandtschaftsverhältniß besteht (§§ 328. 329), c) daß Jemand einen Schaden erlitten hat, dessen Ersatz nach den Grundsätzen des strengen Rechts nur in ungenügender Weise erfolgen würde (§ 314 sq.).

Von diesen Entstehungsgründen bedürfen einer genaueren Erörterung die Pollicitation (§ 211), der Vertrag (§ 212 sqq.), das Vermächtniß (§ 438 sqq.).

A. § 211. Die Pollicitation.

t. D. L. 12: de pollicitationibus. — Vangerow, §§ 603. 615.

Pollicitation im weiteren Sinn bezeichnet jedes obligatorische Versprechen[1], im engeren Sinne bedeutet sie die einseitige Willenserklärung, worin Jemand zu Gunsten eines Anderen eine Leistung verspricht: pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero solius offerentis promissum[2]. Sofort (d. h. ohne daß es einer Acceptation Seitens des Anderen bedarf) verpflichtet sie den Erklärenden in folgenden Fällen:

1. Bei einem Versprechen zu Gunsten einer Gemeinde, sofern ihm ein besonderer Anlaß (iusta causa) zu Grunde liegt, z. B. ein Amt ist dem Versprechenden übertragen worden oder soll es werden; Brand oder Erdbeben hat eine Gemeinde betroffen[3]. Fehlt dieser Anlaß, so wird der Versprechende erst dann verpflichtet, wenn er die Ausführung des Versprechens begonnen hat[4].

2. Bei einem Versprechen zu Gunsten einer Kirche oder eines frommen Zweckes[5] (votum, Gelübde).

3. Ob auch die Auslobung (d. h. das öffentlich bekannt gemachte Versprechen einer Leistung an Denjenigen, welcher eine gewisse Vorleistung machen werde, z. B. Ausschreibung einer Preisaufgabe, Zusage eines Finderlohnes) unter die Pollicitationen zu stellen oder ob sie nicht vielmehr als ein Vertrag mit einer unbestimmten Person aufzufassen sei, ist bestritten; die erstere Meinung ist vorzuziehen, sowohl deshalb, weil Verträge mit unbestimmten Personen dem Römischen Recht unbekannt sind, als auch deshalb, weil selbst

---

[1] l. 43. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 5. C. de stip. 8, 38. — [2] l. 3. pr. D. h. t. 50, 12. — [3] l. 1. § 1. l. 3. pr. l. 4. l. 6. § 2. l. 7. l. 9. l. 11. l. 12. § 1. l. 13. pr. l. 14. D. h. t. 50, 12. — [4] l. 1. §§ 2—5. l. 3. pr. l. 6. § 1. D. h. t. 50, 12. — [5] l. 2. D. h. t. 50, 12; c. 18. X. de cens. 3, 39.

derjenige auf den ausgesetzten Preis Anspruch hat, welcher die verlangte Vorleistung ohne Kenntniß (also ohne Acceptation) der Auslobung gemacht hat. Ein Beweis aus den Quellen ist übrigens unmöglich, weil in diesen die Auslobung übergangen ist, trotzdem ihr Gebrauch bei den Römern kein seltener war.

Von Einigen wird noch ein vierter Fall der Pollicitation angenommen: die der Dos (§ 332); allerdings geschieht mehrmals in den Quellen[6] der pollicitatio dotis Erwähnung, allein nur in dem allgemeinen Sinn von obligatorischem Versprechen[7] (oben Note 1), nicht von einseitigem Versprechen.

B. Der Vertrag.

1) § 212. Die Willensübereinstimmung. Die Versteigerung.

Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen. H. 1. 1868. — Degenkolb, der Begriff des Vorvertrages. 1871. — Scheurl, Beiträge. Bd. 1. S. 305 ff. 1853. — Schott, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. 1873. — Köppen, der obl. Vertrag unter Abwesenden. 1874. — Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. §§ 3. 4. — Vangerow, §§ 603. 109.

I. Der Begriff des Vertrages im Allgemeinen ist bereits oben § 48 angegeben; hier ist nur vom obligatorischen Vertrage die Rede. Der obligatorische Vertrag ist die Einigung zweier oder mehrerer Personen darüber, daß die eine oder die andere oder daß sie sich gegenseitig eine Leistung machen sollen. Die Einigung ist geschehen (der Vertrag ist abgeschlossen, perfekt), wenn zweierlei vorliegt, nämlich: a) ein Versprechen des zukünftigen Schuldners; b) die Annahme des Versprechens (Acceptation) durch den zukünftigen Gläubiger; die Annahme muß gegenüber dem zukünftigen Schuldner (oder seinem Stellvertreter) erklärt sein; dies ist unter Abwesenden erst dann der Fall, wenn die Annahmeerklärung an den zukünftigen Schuldner gelangt ist (sog. Empfangstheorie) z. B. der Brief des Annehmenden ist in die Hand des zukünftigen Schuldners gekommen oder in dessen Wohnung niedergelegt. Die Empfangstheorie ist aber keineswegs allgemein anerkannt; vielmehr stehen ihr zwei Meinungen gegenüber: die Aeußerungstheorie und die Vernehmungstheorie. Nach der Aeußerungstheorie ist der Vertrag schon in dem Augenblick abgeschlossen in welchem der Annehmende seine Annahmeerklärung abgegeben hat (z. B. in dem Augenblick, in welchem er seinen Brief auf die Post legt oder einem Boten übergibt); allein die Abgabe einer Erklärung bindet nur dann, wenn sie an die richtige Person geschieht, mithin auch erst in dem Augenblick, wo sie an die richtige Person gelangt; Post und Bote sind aber nicht Stellvertreter des Adressaten, sondern des Absenders. Nach der Vernehmungstheorie ist der Vertrag erst in dem Augenblick abgeschlossen, in welchem der zukünftige Schuldner von der Annahmeerklärung des zukünftigen Gläubigers Kenntniß erhalten hat; denn die Einigung der Parteien müsse diesen selbst zum Bewußtsein

[6] l. 6. D. de dot. prom. et nuda pollicit. 5, 11; l. 1. l. 13. C. de jure dot. 5, 12; l. 1. § 8. D. de dot. coll. 37, 7. — [7] S. oben Note 1. l. 25. C. ad sct. Vell. 4, 29.

kommen; für diese Theorie scheint zu sprechen, daß die Stipulation eines Tauben nichtig ist, weil er die Antwort nicht hören kann [1]; allein die Nichtigkeit beruht nicht darauf, daß die Antwort des Promissor dem Tauben nicht ins Bewußtsein gekommen ist, sondern vielmehr darauf, daß sie überhaupt nicht zu ihm gelangt ist: einem Tauben gegenüber kann eine Erklärung niemals mündlich abgegeben werden. — Aus der bisherigen Darstellung folgt:

1. Keine Obligation ist entstanden, wenn Jemand zwar ein Anerbieten (Antrag, Offerte, Proposition) gemacht, der Andere aber die Annahme desselben dem Offerenten gegenüber noch nicht erklärt hat (z. B. unter Abwesenden dann, wenn der die Annahme enthaltende Brief weder in die Hand des Anbietenden gelangt noch in dessen Wohnung niedergelegt ist). Bis zu diesem Augenblick kann daher sowohl der Anbietende als der Annehmende widerrufen; man ist jedoch fast einig (wiewohl die Quellen hierüber schweigen), daß der Widerrufende eine sog. culpa in contrahendo begeht, und daß er deshalb dem Anderen das sogenannte negative Vertragsinteresse, d. h. allen den Nachtheil ersetzen muß, den der Andere dadurch erlitten hat, daß er in der Hoffnung auf das Zustandekommen des Vertrages von dem Widerrufenden getäuscht worden ist (z. B. Derjenige, dem ein Kauf angeboten war, weist eine anderweitige Ankaufsgelegenheit von der Hand und der Preis der Waare steigt inzwischen bis zum Widerruf); der Anspruch auf den Ersatz dieses Nachtheils fällt weg, wenn die Annahme verspätet geschieht, d. h. nach Ablauf der Frist, welche der Anbietende gesetzt hatte oder die sich nach billigem Ermessen von selbst verstand. — Einen anderen Standpunkt nehmen mehrere moderne Gesetzgebungen ein; sie erklären den Offerenten während einer mäßigen Frist für absolut an sein Anerbieten gebunden, und gestatten ihm während dieser Frist keinen Widerruf.

2. Wohl aber ist schon dann eine Obligation vorhanden, wenn die Parteien verabredet haben, daß ein Vertrag und welcher Art er abgeschlossen werden solle, z. B. daß und wie hoch ein Darlehn gegeben, daß ein Verkauf oder Kauf, und für welchen Preis er eingegangen werden solle (pactum de mutuo dando, de retroemendo, de retrovendendo, protimiseos, — überhaupt pactum de contrahendo, Vorvertrag). Weigert sich ein Theil, den verabredeten Vertrag einzugehen, so kann er auf Abschießung des Vertrages sowie auf den Ersatz des durch die Weigerung entstandenen Interesse (§ 243) belangt werden [2]. Da jedoch der Nachweis des Interesse schwierig ist, so pflegen die Parteien sofort bei Abschluß des Vorvertrages eine Conventionalstrafe zu verabreden [3] oder ein Draufgeld zu geben (bei den Neueren arrha contractui imperfecto data), welches Derjenige, welcher sich der Vertragsschließung weigert, verliert resp. doppelt zurückgeben muß [4]. — Haben Parteien, welche den Abschluß eines Vertrages beabsichtigen, zwar schon gegenseitig Erklärungen abgegeben, sind sie aber noch nicht einmal bis zu einem Vorvertrag ge-

[1] l. 1. § 15. D. de o. et a. 44, 7; l. 1. pr. D. de v. o. 45, 1; cfr. Ulp. fr. 20, 13 — [2] l. 68. de v. o. 45, 1; l. 75. de c. e. 18, 1; l. 21. § 5. de a. e. v. 19, 1. — [3] l. 122. § 3. de v. o. 45, 1. — [4] l. 17. C. de fid. instr. 4, 21; pr. I. de emt. vend. 3, 23; vgl. l. 38. pr. de rit. nupt. 23, 2; l. 5. C. de spons. 5, 1.

ziehen, so spricht man von Vorverhandlungen oder Tractaten. Tractate sind völlig unverbindlich. — Wird der Vorvertrag oder werden die Tractate schriftlich aufgesetzt, so spricht man von einer Punctation (minuta); die Punctation ist von keiner größeren Wirksamkeit als der formlose Vorvertrag resp. die Tractate.

3. Keine Einigung ist vorhanden, wenn die Parteien zwar über die essentialia negotii feste Abrede treffen, gleichzeitig aber über die naturalia oder accidentalia negotii (§ 61) sich eine Regelung durch spätere Abreden vorbehalten; ein solcher Vertrag ist vorläufig gar nicht bindend [4a].

II. Streitig und aus den Quellen nicht nachweisbar ist es, wann bei der Versteigerung (welche bei Mobiliarverkäufen Auction, bei Immobiliarverkäufen Subhastation heißt) die Einigung der Parteien erfolgt ist. Nach der herrschenden Ansicht fordert der Versteigerer das Publikum auf, ihm einen Vertrag anzubieten; er darf also, falls das Gebot oder die Person des Bietenden ihm nicht gefällt, den sog. Zuschlag verweigern und die Aufforderung zurückziehen; auch darf er unter mehreren Geboten dasjenige wählen, welches ihm gefällt. Mehrere Juristen behaupten indeß, daß der Versteigerer selbst einen Vertrag dem Meistbietenden resp. Wenigstfordernden anbiete, so daß mit jedem Gebot ein Vertrag zu Stande komme, aber ein bedingter (nämlich unter der Bedingung, daß kein besseres Gebot abgegeben werde), so daß der Zuschlag dem Meistbietenden resp. Wenigstfordernden ertheilt werden muß. Die erste Ansicht ist dann zu billigen, wenn der Versteigerer (was die Regel ist) ohne bestimmten Preis ausbietet; denn dann hat die Ausbietung nicht den Charakter einer bestimmten Offerte, vielmehr kommt dieser Charakter erst dem Angebot zu. Anders wenn der Versteigerer die Sache zu einem bestimmten Preise ausbietet; dann ist die zweite Ansicht die richtige. — Noch ist zu bemerken, daß nach Römischem Recht die Versteigerung als Form der Vertragsschließung in mehreren Fällen gesetzlich vorgeschrieben ist; so namentlich bei dem Verkauf des pignus in causa iudicati captum, bei der Verpachtung von Staatsländereien [5]. Aehnlich heutige Particularrechte.

2) § 213. Die Form des Vertrages.

Setzer, Abh. aus dem Civilrecht. 1860. — Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen. 1868. — Savigny, § 77. — Vangerow, § 606.

Während noch zu Justinians Zeit in der Regel die Beobachtung der Stipulationsform nothwendig war, und nur die sog. Real- und Consensualcontracte (nach classischem Recht auch noch der Literalcontract) davon ausgenommen waren, ist nach heutigem Recht in der Regel jede Willenserklärung der Parteien (mündliche wie schriftliche, ausdrückliche wie stillschweigende) genügend (§ 210). Nur in einigen Fällen ist die Beobachtung einer besonderen Form nothwendig, und ihre Vernachlässigung zieht die Nichtigkeit des Vertrages nach sich:

1. In denjenigen Fällen, in welchen das Römische Recht eine andere

---

[4a] l. 9. pr. D. c. e. 18, 1. — [5] l. 2. l. 3. C. de ex. r. jud. 7, 53; l. 2. C. si in c. jud. pign. 8, 53; l. 2. C. de fide et jure hastae 10, 3; Nov. 120. c. 6. § 2; l. 3. C. de loc. praed. civ. 11, 70.

Form als die Stipulation vorschreibt; so müssen Schenkungen über 500 solidi gerichtlich insinuirt, der emphyteutische Vertrag muß in gewissen Fällen schriftlich abgeschlossen, die Intercession der Frauen muß unter gewissen später darzulegenden Formen vollzogen werden (§§ 69. 179. 256 f.)

2. In denjenigen Fällen, in welchen die moderne Rechtsbildung neue Formen erzeugt hat: namentlich Ordrepapiere (Wechsel) und Inhaberpapiere, deren Erörterung ins deutsche Privatrecht gehört.

3. Wenn die Parteien selbst in einem Vorvertrage die Abschließung des Vertrages in einer bestimmten Form verabredet haben. Nach einer Vorschrift Justinians[1] soll, wenn eine schriftliche oder notarielle Form verabredet ist, für jede Partei erst dann eine Verbindlichkeit entstehen, wenn die Urkunde von beiden Parteien resp. dem Notar unterzeichnet ist; selbst die von einem oder beiden Theilen unterschriebene Punctation soll gleichen Grundsätzen unterliegen, und es soll daraus keine Klage auf Abschluß des Vertrages hervorgehen; es soll jedoch Derjenige, welcher eine Arrha gegeben hat und den Vertragsabschluß verweigert, die Arrha verlieren; hat er sie empfangen, so soll er sie doppelt zurückgeben (vgl. § 212. N. 4). Mit Recht bezieht die herrschende Meinung diese Verordnung nur auf den Zweifelsfall (weil sonst die Verletzung von Treu und Glauben geradezu begünstigt würde), läßt sie also dann nicht gelten, wenn nach dem klaren Willen der Parteien die Perfection des Vertrages nicht bis zur Vollziehung der Urkunde aufgeschoben, sondern die Urkunde nur um des leichteren Beweises wegen aufgenommen werden soll; es kann alsdann auch auf Vollziehung der Urkunde geklagt werden.

3) Arten der Verträge.

a. § 214. Der discrete und abstracte Vertrag.

Liebe, Gneist, Schlesinger, Girtanner in den bei § 209 citirten Werken. — Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl. 1867. — Schloßmann, zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge. 1868. — Buhl, Beiträge zur L. v. Anerkennungsvertrag. 1875. — Lotmar, über Causa im R. R. 1875. — Spaltenstein, das specifisch juristische Geschäft im Röm. Obligationenrecht. 1876. — Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. § 36 ff. — Savigny, § 78. — Vangerow, § 600.

Wie mit jedem Rechtsgeschäft, so verfolgt man auch mit dem obligatorischen Vertrage einen Zweck (sog. causa obligationis); aber der Zweck des Vertrages kommt in demselben zwar in der Regel, aber doch nicht immer zum Ausdruck, und er ist deshalb nicht immer sichtbar.

I. **Ein Vertrag, in welchem der Zweck zum Ausdruck kommt und sichtbar ist, heißt ein discreter, individualisirter, individuell charakterisirter, materiell charakterisirter.** Diese Bezeichnung rührt daher, weil bei den verschiedenen Arten der Verträge der Zweck ein verschiedener ist, und demgemäß jeder Vertrag von dem Zweck seinen individuellen Charakter erhält. So verspricht der Empfänger eines Darlehns die Rückzahlung, um dem Geber des Darlehns einen Ersatz für das Gegebene zu verschaffen; der Käufer verspricht dem

[1] l. 17. C. de fide instr. 4, 21; pr. I. de emt. 3, 23.

Verkäufer eine Geldsumme, damit der Verkäufer ihm verspreche, ihm einen gewissen Gegenstand in das Vermögen zu übertragen; der Verkäufer verspricht, einen Gegenstand ins Vermögen des Käufers zu übertragen, damit dieser ihm die Zahlung einer Geldsumme verspreche; wer eine Societät eingeht, verspricht einen Beitrag zu leisten, um in Gemeinschaft mit dem Genossen ein gewisses Ziel anzustreben.

II. Ein Vertrag, in welchem der Zweck nicht zum Ausdruck gelangt und nicht sichtbar ist, heißt ein abstracter, reiner, einfacher (unrichtig ist die Bezeichnung Formalvertrag). Diese Bezeichnung rührt daher, weil anscheinend von dem Zwecke abstrahirt wird, und demgemäß der Vertrag in der knappen und einfachen Gestalt von Versprechen und Annahme auftritt (z. B. ich verspreche dem X. 100 zu zahlen). Der abstracte Vertrag bildet im Verkehre eine Ausnahme; in der Regel nehmen die contrahirenden Parteien ihre Zwecke in den Vertrag auf; allein das Abstrahiren von der causa obligationis macht den Vertrag in sich fester und geschlossener, er wird dadurch in einem gewissen Maße vom Zwecke unabhängig (vgl. den Text zwischen N. 7 u. 8), und wo dies dem Interesse der Parteien entsprechend ist, greifen sie zum abstrakten Vertrag.

1. Römisches Recht. Ein abstracter Vertrag kann nach Römischem Recht die Stipulation sein; zwar ist sie geeignet, auch den Zweck (causa stipulationis) in sich aufzunehmen[1] (z. B. dotis nomine tot dari spondes? spondeo)[1a], allein häufiger wird sie als abstracter Vertrag abgeschlossen (centum dare spondes? spondeo). Wenn nun auch der Zweck in der abstracten Stipulation nicht angegeben wird, so ist er doch vorhanden und er hat einen gewissen Einfluß auf die Stipulation. Dabei ist eine Analogie zwischen der causa traditionis (§ 131 N. 14) und der causa stipulationis wahrzunehmen. Einmal im Inhalt: wie die causa traditionis ist auch die causa stipulationis entweder eine solvendi causa[2] (es verspricht Jemand, um eine bestehende Schuld aufzuheben, die sog. Novationsstipulation, § 266 i. A.)[2a], oder die donandi causa[3], oder die contrahendi causa[4] (es verspricht Jemand die Zahlung einer Summe, welche ihm der Andere als Darlehn zahlen soll), oder die dotis constituendae causa[5], oder der Sicherungszweck z. B. die cautio damni infecti (§ 315 N. 18) u. dgl. m. Sodann darin, daß wie die Tradition, so auch die abstracte Stipulation in zwei Fällen nichtig ist, nämlich wenn sie zum Zweck einer Schenkung unter Ehegatten[6], sowie wenn sie zum Zweck der Intercession einer Frau[7] abgeschlossen wird; in allen übrigen Fällen gilt sie selbst dann, wenn der Zweck an einem Mangel leidet (sei es, daß er auf einer falschen Voraussetzung beruht, oder daß er widerrechtlich, unsittlich ist), allein sie kann alsdann mit Klage wie mit Ein-

---

[1] l. 40. D. de r. c. 12, 1; l. 126. § 2 D. de v. o. 45, 1; l. 71. pr. D. pro soc. 17, 2. — [1a] l. 20. D. de jure dot. 23, 3. — [2] l. 2. § 3. D. de don. 39, 5. — [2a] l. 2. D. de nov. 46, 2. — [3] l. 3. § 10. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — [4] l. 1. § 1. D. de cond. s. c. 12, 7; l. 6. § 1. D. de nov. 46, 2. — [5] t. C.: de dotis prom. 5, 11. — [6] l. 3. § 10. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — [7] l. 1. sqq. D. ad sct. Vell. 16, 1.

rede angefochten und rückgängig gemacht werden[8]. — Viele Juristen behaupten, es könne der Schuldner die Erfüllung einer abstracten Stipulation so lange verweigern, bis der Gläubiger die Causa nachweise, und er könne dem Gläubiger, welcher ohne dem nachzukommen die Klage erhebe, die exc. doli entgegenstellen. Allein die beiden Quellenzeugnisse, auf welche diese Meinung gestützt wird (— es sind dies die viel besprochenen l. 25 § 4 D. de prob. XXII, 3 und l. 13 C. de non num. pec. IV, 30 —), handeln nicht von einer abstracten Stipulation, sondern von dem Versprechen eines als geschuldet vorausgesetzten Gegenstandes (die dort behandelte Urkunde lautet nicht: „A. promittirt dem B. 100 zu zahlen", sondern „A. promittirt dem B. 100, die er ihm schuldet, zu zahlen", vgl. § 231).

2. Heutiges Recht. Die Grundsätze über die abstracte Stipulation müssen heut auf den formlosen abstracten Vertrag angewendet werden; zwar halten Viele nur den formlosen discreten Vertrag für giltig (z. B. ich verspreche dem A. 100 als Geschenk zu zahlen, ich verspreche dem A. 100, die er mir heut dargeliehen hat, zu zahlen); allein ohne Grund. Denn die Verbindlichkeit des Schuldners aus der abstracten Stipulation stammt nicht aus der Form seines Versprechens, sondern aus seinem Willen, und dieser ist im formlosen abstracten Vertrag nicht weniger vorhanden; auch bedarf der Verkehr eines Ersatzes für die abstracte Stipulation, und diesen bietet, da nach heutigem Recht die Verträge an keine Form gebunden sind, der formlose abstracte Vertrag.

b. § 215. Die gegenseitigen und einseitigen Verträge.

Bruck, die Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes. 1874. — Vangerow, § 607.

I. Gegenseitige Verträge (zweiseitige, wechselseitige, früher contractus bilaterales aequales genannt) sind solche, aus welchen für jede Partei sowohl eine Forderung als eine Schuld entspringt; jede Partei hat deshalb eine eigene Klage z. B. act. venditi — act. emti, act. locati — act. conducti. Sie zerfallen in zwei Abtheilungen: in die Austausch- und die Gemeinschaftsverträge. Austauschverträge (bei den Griechen synallagmata)[1] sind solche, bei denen jede Partei der anderen eine Leistung für eine Gegenleistung verspricht oder macht; sie zerfallen in zwei Arten, je nachdem die Leistung dem Empfänger zum beständigen Haben einer Sache verhilft (Kauf-, Tausch- und ähnliche Geschäfte) oder bloß zu vorübergehendem Gebrauch und Genuß (Miethe und ähnliche Geschäfte). Gemeinschaftsverträge sind solche, bei denen mehrere Parteien ihre Leistungen mit einander verbinden, um gemeinsam ein Ziel zu verfolgen, welches mit der Leistung einer Partei allein entweder gar nicht oder nicht so leicht oder nicht so vortheilhaft zu erreichen ist. — Den Gegensatz der gegenseitigen Geschäfte

---

[8] l. 1. l. 3. D. de cond. s. c. 12, 7; l. 2. § 3. D. de dol. m. exc. 44, 4; l. 15. pr. D. de fid. 46, 1.

[1] l. 7. § 2. D. de pact. 2, 14.

bilden 1) die streng einseitigen Verträge (früher contr. unilaterales genannt), aus denen für die eine Partei eine Forderung, für die andere eine Schuld entspringt, z. B. Darlehn, Stipulation; 2) die einseitigen Verträge mit actiones contrariae (früher contr. bilaterales inaequales, zufällig zweiseitige genannt), die ihrem ursprünglichen Inhalt nach einseitig sind, aber durch besondere Umstände eine secundäre Verpflichtung des Gläubigers zulassen (z. B. der Depositar, Commodatar, Mandatar, Tutor machen Auslagen); die Klage zur Geltendmachung der ursprünglichen Verpflichtung führt den Namen actio directa, diejenige zur Geltendmachung der secundären Verpflichtung actio contraria.

II. Die Natur der gegenseitigen Verträge ist streitig; sie werden bald als zwei Hälften eines und desselben Rechtsgeschäfts, bald als zwei selbständige und von einander unabhängige Obligationen, bald als zwei selbständige, aber sich gegenseitig durchkreuzende Obligationen erklärt. Die letzte Ansicht ist die richtige, wie sich aus den nachstehenden Grundsätzen ergibt:

1. Bezüglich der Erfüllung. Ausnahmsweise wird durch Gesetz (so hinsichtlich des Vermiethers)[1a] oder durch besondere Nebenabrede bestimmt, daß die eine Partei vorleisten müsse. Abgesehen von diesen Ausnahmen gilt die Regel, daß die Erfüllung Zug um Zug erfolgen muß, und daß nur Derjenige vom Anderen Erfüllung verlangen kann, welcher bereits erfüllt hat oder zur Erfüllung bereit ist. Kommt es zum Proceß, so liegt unbestritten dem Kläger der Beweis ob, daß er erfüllt habe resp. zur Erfüllung bereit sei. Bestritten aber ist es, ob der Kläger den Beweis dieser Thatsachen freiwillig als zum Klagfundament gehörig übernehmen müsse, oder ob er den Einwand des Verklagten (die sog. exc. non impleti contractus) abwarten könne; die erstere Meinung erhellt aus dem Quellenausspruch: offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur[2]; die Quellenzeugnisse[3], auf welche die gegnerische Meinung gegründet wird, handeln von anderen (wenngleich ähnlichen) Fällen; daraus folgt, daß die sog. exc. non impl. contr. keine wahre Exceptio, sondern eine negative Litiscontestation ist (§ 92). — Streitig ist ferner, ob von der sog. exc. non impleti contractus noch eine besondere exc. non rite impl. contr. zu unterscheiden und wem hier der Beweis aufzuerlegen sei. Das Richtige ist Folgendes: man muß sehen, ob in der Behauptung der nichtgehörigen Erfüllung die Behauptung der Nichterfüllung liegt (der verklagte Verkäufer behauptet, daß der Kläger ihm bloß 90 gezahlt habe, während der Kaufpreis auf 100 verabredet worden war; der verklagte Käufer behauptet, daß der Kläger ihm Russischen Weizen geliefert habe, während er Ungarischen gekauft hatte); dann liegt dem Kläger der Beweis ob; anders wenn die Behauptung des Verklagten nicht den Vorwurf der Nichterfüllung enthält, sondern bloß den Grund

---

[1a] l. 24. D. loc. 19, 2. — [2] l. 13. § 8. D, de a. e. v. 19, 1. — [3] Gai. 4, 126; l. 25. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. C. de ev. 8, 45; l. 5. § 4. D. de exc. dol. 44, 4; zu letzterer vgl. l. 3. pr. D. de a. e. v. 19, 1.

zu einem Entschädigungsanspruch abgibt (z. B. der verklagte Käufer behauptet, daß der Kaufgegenstand an Fehlern leidet); in diesem Falle gelten die Regeln der Compensation (§ 265), und der Verklagte ist beweispflichtig.

2. *Bezüglich der ausnahmsweisen Obligirung bloß Einer Partei.* Zuweilen kommt der zweiseitige Vertrag nicht vollkommen zu Stande, vielmehr kann die Eine Partei nach Belieben die Einhaltung des Vertrages beanspruchen oder verwerfen, und die andere muß sich diesem Belieben unterwerfen; entscheidet sich jene für Einhaltung des Vertrages, so muß sie leisten, was sie selbst versprochen hat. Die wichtigsten Fälle dieser Art sind folgende: a. ein Handlungsunfähiger schließt einen gegenseitigen Vertrag ab, z. B. ein Pupill sine tutore auctore[4]; b. eine gewaltunterworfene Person, welche zwar zum Erwerb für ihren Gewalthaber, nicht aber zugleich zu dessen Verpflichtung befugt ist, schließt einen gegenseitigen Vertrag ab[5]; *dieser Fall ist heut unpraktisch.* c. Jemand verkauft eine gestohlene Sache, deren Furtivität er nicht kennt, während der Käufer sie kennt[6]; d. ein Kaufvertrag wird über eine Sache abgeschlossen, deren bedeutenderer Theil untergegangen ist, und beide Contrahenten wissen hiervon nichts[7]. Man spricht in diesen Fällen von negotia claudicantia: quia ex uno latere constat contractus[8]. Ihre Natur ist bestritten; es lassen sich drei Hauptmeinungen unterscheiden:

a. es finde eine sog. relative Nichtigkeit statt (§ 64), d. h. das oben erwähnte Belieben der Einen Partei über die *Einhaltung* des Vertrages habe darin seinen Grund, daß von dem Belieben dieser Partei die *Giltigkeit* des Vertrages abhänge. Diese Ansicht ist zu verwerfen; denn die Quellen bezeichnen sofort mit Abschluß des Vertrages den Einen als obligirt, den Anderen als nicht verpflichtet[9];

b. nur die eine Partei sei verpflichtet, die andere nicht, aber die letztere handle gegen die Absicht des Vertrages, wenn sie die Gegenleistung verlange, ohne ihr (wenn auch ungiltiges) Versprechen zu erfüllen, und dem Verpflichteten stehe alsdann die exc. doli zu. Auch diese Ansicht ist verwerflich, weil nach ausdrücklichem Quellenzeugniß[10] der Nichtverpflichtete ultro (d. h. ohne die exc. doli abzuwarten) sein Versprechen erfüllen muß;

c. nur der Eine sei verpflichtet, aber die Verpflichtung gehe nicht darauf, daß er die von ihm versprochene Leistung *schlechthin* mache (so b.) sondern daß er sie *für die Gegenleistung* mache; nicht erst die Absicht der Contrahenten sondern schon ihre *Abrede* schütze den Verpflichteten gegen das Verlangen, ohne Gegenleistung zu leisten. Diese Ansicht ist die richtige.

3. *Bezüglich der Aufhebung der Obligation ohne materielle Befriedigung.* Wird der Eine Theil ohne materielle Be-

---

[4] pr. I. de auct. tut. 1, 21; l. 13. § 29. D. de a. e. v. 19, 1; l. 1. l. 7. § 1. D. de resc. vend. 18, 5. — [5] l. 31. § 1. D. de r. cr. 12, 1; l. 57. D. ad aed. ed. 21, 1. — [6] l. 34. § 3. D. de contr. e. 18, 1. — [7] l. 57. pr. l. 58. D. de c. e. 18, 1. — [8] l. 13. § 29. D. de a. e. v. 19, 1. — [9] Vgl. die oben in Note 4—6 angeführten Stellen. — [10] l. 34. § 3. D. de contr. e. 18, 1.

friedigung des Anderen (wie Zahlung, Deposition, Compensation, Novation) von seiner Verpflichtung frei, so hört auch die Verpflichtung des Anderen auf. Anwendungen dieses Grundsatzes enthalten folgende Quellenentscheidungen:

a. wenn, nachdem ein Kauf abgeschlossen ist, novae tabulae ergehen, d. h. wenn durch ein Gesetz die Geldschulden ganz oder theilweis aufgehoben werden (— solche Gesetze sind gegen Ende der Republik durch die bekannten socialistischen Umtriebe mehrfach ergangen —), so braucht der Verkäufer die Sache nicht zu leisten, und hat er sie geleistet, so kann er sie zurückfordern[11];

b. wenn bei einem Kaufverträge ein pact. de non praestanda evictione abgeschlossen ist, und hierauf die Sache dem Käufer evincirt wird, so kann der Verkäufer den Kaufpreis nicht verlangen, er muß ihn sogar zurückzahlen, falls er ihn schon vor der Eviction empfangen hatte[12]; Genaueres unten im § 288;

c. wenn der Kaufgegenstand vor der Uebergabe expropriirt wird, so kann der Verkäufer die Zahlung des Kaufpreises nicht verlangen, er muß ihn sogar zurückzahlen, falls er ihn schon vor der Expropriation empfangen hatte[13];

d. wenn durch acceptilatio ein Theil befreit wird, so gilt auch der andere Theil als befreit[14];

e. die Regel: locatoris est periculum; beim Kaufe hingegen gilt auffallender Weise der entgegengesetzte Grundsatz, es muß der Käufer selbst dann den Kaufpreis zahlen, wenn der Kaufgegenstand vor der Leistung durch Casus untergeht: emtoris est periculum (§ 269).

Die meisten Romanisten stellen übrigens den gerade entgegengesetzten Grundsatz auf, und behaupten (auf Grund der ebenangeführten Regel: emtoris est periculum), daß der Wegfall der Obligation des Einen nicht auch die Befreiung des Anderen nach sich ziehe; sie gelangen daher zu der Meinung, daß der gegenseitige Vertrag zwei von einander unabhängige Obligationen enthalte. Die oben unter a—e angeführten Rechtssätze ergeben das Gegentheil, allein der Grundsatz über den Casus beim Kauf bildet für die Ansicht der Gegner ein bedeutendes Argument, welches von der in diesem Lehrbuch vertheidigten Ansicht aus schwer zu erklären ist.

c. § 216. Die gewagten Verträge.

Vangerow, §§ 673. 623. 632.

Gewagte (aleatorische, Glücks-) Verträge sind solche, bei denen es nach der Absicht der Parteien vom Zufall abhängt, für wen sie Vortheil resp. Nachtheil bringen. Dem Römischen Recht sind folgende Species bekannt: emtio spei, emtio rei speratae, Spiel, Wette, foenus nauticum; das Deutsche Recht weist noch mehr auf, namentlich die Lotterie, das Ausspielgeschäft, den Leibrenten-

---

[11] l. 50. D. de a. e. v. 19, 1, wo nicht mit der corrumpirten Florentina amitteret, sondern mit anderen in der Glosse erwähnten Handschriften admitteret (gleich reciperet) zu lesen ist. — [12] l. 11. § 18. D. de a. e. v. 19, 1. — [13] l. 33. D. loc. 19, 2. — [14] l. 23. D. de acc. 46, 4; l. 5. pr. D. de resc. vend. 18, 5.

vertrag und den Assecuranzvertrag. Hier sollen nur die Römischen dargestellt werden:

I. Eine emtio spei (Hoffnungskauf) ist dann abgeschlossen, wenn die Hoffnung der Gegenstand des Vertrages ist: ipsum incertum rei venit [1]; der Vertrag gilt nicht, wenn die Hoffnung unrealisirbar ist (z. B. es kauft Jemand einen zukünftigen Fischzug in dem Augenblick, wo das ausgeworfene Netz schon zurückgezogen war, oder ein Lotterieloos in dem Augenblick, in welchem es schon gezogen war); die Gegenleistung muß erfolgen, selbst wenn die Hoffnung fehlschlägt [2].

II. Eine emtio rei speratae ist dann abgeschlossen, wenn eine Sache, deren Entstehung nach der Natur der Dinge erwartet werden kann (z. B. 100 Scheffel Weizen von der zukünftigen Ernte), der Gegenstand des Vertrages ist; der Vertrag ist ein Kauf unter der stillschweigenden Bedingung, „wenn die Sache entsteht", er wird also erst dann perfect und die Gegenleistung erst dann geschuldet, wenn die Sache entsteht [3], hingegen hat die Qualität der existent gewordenen Sache keinen Einfluß auf den Kaufpreis.

III. Ueber Spiele [4] hat das Römische Recht folgende Bestimmungen: Im Allgemeinen sind sie verboten [5]; gestattet ist das Spielen um die Zeche [6], das Spielen um Geld nur bei ludi virtutis causa (Ring- und Kampfspielen) [7]; Justinian beschränkte das auf fünf bestimmte Spiele und mit der Maßgabe, daß höchstens ein Solidus gesetzt würde [8]. Jede andere Spielschuld ist nichtig und kann, falls sie bezahlt ist, binnen 50 Jahren zurückgefordert werden [9]. Wer zum Zweck des Spielens eine Sache verkauft, haftet dem Käufer nicht wegen Eviction [10]. Diese Bestimmungen sind durch die Grundsätze des Deutschen Rechts wesentlich modificirt worden.

IV. Die Wette ist ein auf entgegengesetzte Behauptungen bezogenes gegenseitiges Versprechen, wonach Derjenige, dessen Behauptung die unrichtige ist, dem Anderen etwas zu leisten verspricht. Als bedingtes Versprechen ist sie vollgiltig (nur mußte sie nach Römischem Recht entweder in Stipulationsform eingegangen [11] oder der Wettpreis einem Dritten übergeben worden sein) [12]; ungiltig ist die Wette, die sich auf etwas Unsittliches [13], namentlich auf ein verbotenes Spiel [14] bezieht. Mit Unrecht behaupten Einige (statt der Ungiltigkeit der unsittlichen Wette) die Ungiltigkeit der Wette überhaupt.

V. Foenus nauticum, pecunia traiecticia [15] ist ein Darlehn an eine Person, welche das Geld selbst [16] oder die

---

[1] l. 11. D. de her. vend. 18, 4. — [2] l. 8. § 1. D. de contr. e. 18, 1; l. 11. § 18. l. 12. D. de a. e. v. 19, 1. — [3] l. 8. pr. l. 39. § 1. D. de c. e. 18, 1. — [4] tit. D. de aleat. 11, 5; t. C. de aleat. et alear. lusu 3, 43. — [5] l. 2. § 1. D. de aleat. 11, 5. — [6] l. 4. pr. D. h. t. — [7] l. 2. § 1. D. h. t. — [8] ll. 1–3. C. h. t. — [9] l. 3. C. h. t. — [10] l. 2. § 1. D. quar. rer. act. non datur. 44, 5. — [11] l. 108. pr. l. 129. D. de v. o. 45, 1; l. 37. D. de r. c. 12, 1. — [12] l. 17. § 5. D. de praescr. v. 19, 5. — [13] l. 17. § 5. i. f. cit. — [14] l. 3. D. de al. 11, 5. — [15] tit. D. de naut. foen. 22, 2; t. C. 4, 33. — [16] l. 1. l. 3. D. h. t.

dafür angeschafften Waaren über Meer senden, jedoch die Gefahr des Transports nicht übernehmen will, und welche deshalb mit dem Gläubiger verabredet, daß dieser die Gefahr des Transports (also zwischen Abfahrt und Ankunft)[17] tragen solle. Geht das Darlehn resp. die angeschaffte Waare auf dem Transport unter, so hat der Gläubiger keine Forderung; anders, wenn der Darlehnsempfänger den Untergang verschuldet[18]. Wegen der Gefahrübernahme ist der Gläubiger nicht bloß nach heutigem (§. 43 unter 1), sondern auch nach dem vorjustinianischen Rechte an das gesetzliche Zinsmaß nicht gebunden[19]. — Auch eine andere als die Seegefahr kann vertraglich übernommen werden[20]; man spricht dann von foenus quasi nauticum. — Der deutschrechtliche Bodmereivertrag ist dem foen. naut. verwandt.

d. § 217. Verträge über die Leistung eines Dritten sowie an einen Dritten.

t. C. IV, 11: ut act. et ab her. et contra her. — t. C. IV, 50: si quis alteri vel sibi. — t. C. VII, 60: inter alios acta. — t. I. III, 28: per quas pers. — t. I. III, 19: de inut. stip. — Busch, Doctrin und Praxis über die Giltigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter. 1860. — Unger, Verträge zu Gunsten Dritter. 1869. — Gareis, die Verträge zu Gunsten Dritter. 1873. — Savigny, Obligationenrecht § 59. — Vangerow, § 608.

I. Ein Vertrag über die Leistung eines Dritten (zu Lasten eines Dritten) ist vorhanden, wenn Jemand die Handlung eines Dritten verspricht, ohne als dessen Stellvertreter aufzutreten. Ein solcher Vertrag war nach altem Recht nichtig: nemo factum alienum promittendo obligatur[1]; allein nach classischem und heutigem Recht ist der Versprechende verpflichtet, entweder möglichst darauf hinzuwirken, daß der Dritte die fragliche Handlung vornehme, oder sogar das Interesse zu leisten, wenn trotz seiner Bemühungen der Dritte die Handlung nicht vornimmt (in dieser Beziehung entscheidet die Intention der Parteien)[2]. Verspricht Jemand etwas Namens seines Erben, so ist (nach einer Verordnung Justinians)[3] letzterer direct zur Erfüllung verpflichtet; bis zu Justinian galt die Regel: ab heredis persona obligationem incipere non posse[4].

II. Ein Vertrag über die Leistung an einen Dritten (zu Gunsten eines Dritten) ist vorhanden, wenn Jemand sich eine Leistung an einen Dritten ausbedingt, ohne daß er als dessen Stellvertreter auftritt. Der Vertrag ist nur giltig,

1. entweder wenn der Ausbedingende mit dem Dritten durch ein Gewaltverhältniß verbunden ist; daher kann sich der Vater eine Leistung an das Hauskind (und umgekehrt) versprechen lassen[5];

---

[17] l. 3. pr. l. 4. l. 6. D. h. t.; l. 4. C. h. t. — [18] l. 3. C. h. t. — [19] Paull. 2, 14. § 5; l. 4. pr. D. h. t.; l. 1. l. 2. C. h. t. — [20] l. 5. D. h. t.

[1] l. 38. pr. § 1. l. 83. pr. D. de v. o. 45, 1; §§ 3. 21. I. de in stip. 3, 19. — [2] l. 19. D. rat. rem. 46, 8; l. 14. § 2. D. de pec. const. 13, 5. — [3] l. un. C. ut act. ab her. 4, 11. — [4] Gai. 3, 100. 117. 158. — [5] § 4. I. de in stip. 3, 19; l. 38. § 17. l. 39. l. 45. pr. l. 56. § 3. l. 130. D. de v. o. 45, 1; l. 2. C. de contr. stip. 8, 38.

2. oder wenn der Ausbedingende ein eignes Interesse daran hat, daß dem Dritten geleistet werde [6]. Bei stricti iuris obligationes mußte dies Interesse ein pecuniäres sein (z. B. der Ausbedingende schuldete das Ausbedungene dem Dritten selbst); wo dieses fehlte, pflegte man die Leistung an den Dritten nicht zum Gegenstand des Vertrages, sondern zur Bedingung eines Strafversprechens zu machen (nisi Titio dederis, tot aureos mihi dari spondes? spondeo) [7]. Bei den bonae fidei obligationes genügte schon nach Römischem Recht ein Affectionsinteresse; heute ist dieses überall zureichend (§ 208 N. 30 ff.). — Liegt nun ein eignes Interesse des Ausbedingenden vor, so kann zwar dieser Letztere die Leistung an den Dritten verlangen; der Dritte selbst aber erwirbt in der Regel keine Forderung [8]. Ausnahmsweise hat der Dritte in folgenden Fällen eine Forderung an den Schuldner: a. wenn der verkaufende Pfandgläubiger dem Verpfänder das Recht der Wiedereinlösung vorbehält, so hat dieser eine act. in factum [9]; b. wenn Jemand eine Sache mit der Auflage verschenkt, daß sie später einem Dritten herausgegeben werde, so hat dieser eine act. utilis [10]; c. wenn Jemand eine fremde Sache deponirt oder commodirt mit der Abrede, daß sie an den Eigenthümer zurückgegeben werden solle, so hat dieser die act. utilis depos. resp. commod. [11]; d. wenn ein Ascendent eine Dos bestellt und dabei die Rückgabe derselben an seine Tochter oder deren Kinder ausbedingt, so haben diese eine utilis actio [12]; e. wenn Jemand sich etwas für seine Erben ausbedingt [13], so hat der Erbe eine Klage; f. ein singulärer Rechtssatz bestimmt, daß wenn Jemand sein eignes Geld auf den Namen eines Dritten, wenn auch ohne dessen Wissen, als Darlehn gibt, der Dritte allein und nicht der Hingeber die Forderung erwirbt [14]. — Zu diesen Fällen des Römischen Rechts sind durch das Deutsche Recht neue getreten; so der Einkauf der Ehefrau in eine Wittwencasse durch den Ehemann, die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, die bäuerlichen Gutsabtretungen mit Abreden zu Gunsten Dritter, das Schlüssel- oder Heerdgeld, das Strick- und Halftergeld. Einige behaupten sogar, daß aus allen Verträgen zu Gunsten eines Dritten der letztere eine Forderung erwerbe; die Darstellung dieser Streitfrage gehört in das Deutsche Privatrecht.

4) § 218. Bestärkung der Verträge.

Randa, zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe. 1869. — Savigny, Obligationenrecht §§ 79. 80. — Vangerow, §§ 612—614.

Die Verträge können durch Hingeben einer Arrha, durch Versprechen einer Strafe, durch Ableistung eines Eides bestärkt werden.

I. Arrha (Angeld, Draufgeld, Handgeld). Sie kann in

---

[6] § 20. I. de in stip. 3, 19; l. 38. §§ 20—23. D. de v. o. 45, 1; l. 3. C. de in stip. 8, 39. — [7] l. 38. § 17. D. de v. o. 45, 1; §§ 4. 19. I. de in. stip. 3, 19. — [8] l. 11. D. o. et a. 44, 7; l. 6. C. si quis alt. 4, 50; l. 26. C. de jure dot. 5, 12; l. 73. § 4. D. de r. j. 50, 17. — [9] l. 13. pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 7. § 1. D. de distr. pign. 20, 5. — [10] l. 3. C. de don. quae sub modo 8, 55. — [11] l. 8. C. ad exh. 3, 42. — [12] l. 12. D. sol. matr. 24, 3; l. 7. C. de p. c. 5, 14. — [13] l. un. C. ut. ab her. 4, 11. — [14] l. 9. § 8. D. de r. c. 12, 1; l. 35. § 2. D. de don. 39, 5; l. 126. § 2. D. de v. o. 45, 1.

Geld oder in anderen Sachen bestehen[1]; sie kommt im Römischen Recht in doppelter Anwendung vor:

1. Als Zeichen eines fertig abgeschlossenen Vertrages[2]; dann wird sie von den Neueren arrha confirmatoria, arrha pacto perfecto data genannt; als solche ist sie namentlich bei formlosen Verträgen gebräuchlich, nämlich um den Beweis des Vertragsabschlusses zu liefern (ut evidentius probari possit, convenisse)[3]. Wird der Vertrag erfüllt oder aufgehoben, so hat ihre Bedeutung ein Ende, und sie soll ersterenfalls angerechnet oder zurückgegeben, letzterenfalls zurückgegeben werden[4]; nur wenn ein Kaufvertrag auf Grund der lex commissoria rückgängig wird (§ 286 a. E.), kann der zurücktretende Verkäufer die Arrha behalten[5].

2. Als Bindungsmittel zum Zweck eines später abzuschließenden Vertrages (a. pacto imperfecto data); als solche kommt sie namentlich bei dem pact. de contrahendo vor; der Geber verliert die Arrha, wenn er später die Abschließung des Vertrages verweigert; er erhält sie doppelt zurück, falls der andere Theil sich weigert (§ 212 Note 4). — Eine solche Arrha wurde bei den Römern auch bei einem familienrechtlichen Geschäft (dem Verlöbniß) oft gegeben; auch hier muß der Empfänger der Arrha, wenn er ohne Grund vom Verlöbniß zurücktritt, die Arrha doppelt zurückgeben[5a]; dahingegen ist eine Conventionalstrafe zur Bestärkung des Verlöbnisses unzulässig[5b] (vgl. N. 14).

Der moderne Verkehr hat eine neue Anwendung der Arrha erzeugt:

3. als Reugeld (a. poenitentialis), d. h. es wird einem Vertrage die besondere Abrede hinzugefügt, es könne der Geber gegen Verlust der Arrha vom Vertrage zurücktreten. Hierin liegt nicht eine Bestärkung, sondern eine Schwächung des Vertrages.

II. Conventionalstrafe, d. h. eine Leistung, welche unter der Bedingung versprochen wird, daß ein gewisses anderes Versprechen gar nicht oder nicht gehörig erfüllt werden sollte. Auch sie tritt im Römischen Recht in doppelter Anwendung auf:

1. Als Bestärkungsmittel eines abgeschlossenen Vertrages. Dabei frägt es sich, ob, falls die Strafe verfällt, der Gläubiger bloß die Strafe verlangen oder die Strafe und zugleich die Erfüllung des Vertrages (resp. den Schaden wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung) fordern könne oder ob er die Wahl zwischen Beidem habe. Die Strafe allein konnte nach Römischem Recht bei stricti iuris obligationes verlangt werden[6]. (Diese Figur ist heut mit dem str. i. obl. selbst weggefallen, § 84). Die Strafe nebst der Erfüllung des Vertrages (resp. dem Schaden) darf nur gefordert werden, wenn eine besondere Vertragsabrede es gestattet oder wenn der Inhalt des Vertrages darauf hinweist (z. B. die Strafe ist schon auf Verspätung der Leistung gesetzt, die Strafe ist unverhältnißmäßig kleiner als der Gegenstand des Hauptvertrages)[7].

---

[1] l. 11. § 6. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. § 15. D. de inst. a. 14, 3. — [2] pr. I. de emt. 3, 23. — [3] l. 35. pr. D. de c. e. 18, 1. — [4] l. 11. § 6. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. § 15. D. de inst. a. 14, 3. — [5] l. 6. pr. l. 8. D. de l. comm. 18, 3. — [5a] l. 5. C. de spons. 5, 1. — [5b] l. 134. pr. D. de v. o. 45, 1. — [6] l. 44. § 6. D. de o. et a. 44, 7; l. 115. § 2. D. de v. o. 45, 1. — [7] l. 115. § 2. cit.

Den Regelfall bildet also das Wahlrecht des **Gläubigers** zwischen Strafe und Erfüllung des Vertrages (resp. dem Schaden); hat er das Eine gewählt, so kann er, falls das Andere mehr beträgt, den Ueberrest nachfordern [8]; gewöhnlich entscheidet er sich für die Strafe, weil er sich dann den Nachweis seines Schadens erspart [9] (vgl. § 288 unter II); eine verbindliche Wahl liegt auch dann vor, wenn er trotz Verfall der Strafe die Erfüllung freiwillig annimmt, er verliert alsdann das Recht auf die Strafe [10].

2. **Als Bindungsmittel für einen später abzuschließenden Vertrag** [10a] (§ 212 N. 3).

3. Im modernen Verkehr wird die Strafe häufig als **Reugeld** (mulcta poenitentialis, Wandelpön) verabredet, so daß der **Schuldner** die Wahl zwischen der Strafe und der Erfüllung hat; es liegt hierin keine Bestärkung, sondern eine Schwächung des Vertrages.

Im Allgemeinen ist noch Folgendes zu bemerken: Die Höhe der Strafe unterliegt dem Belieben der Parteien [11]; zwar durfte nach Röm. Recht bei einer zinsfähigen Schuld nicht das gesetzliche Zinsmaß überschritten werden [12], doch ist diese Bestimmung durch das Bundesgesetz vom 14. November 1867 über die Freigebung des Zinsfußes gefallen (vgl. § 43 unter 4). — Die Giltigkeit der Conventionalstrafe hängt im Allgemeinen nicht von der Giltigkeit des Hauptvertrages ab, deshalb benutzte man bei den Römern die Conventionalstrafe zur indirecten Erzwingung von an sich ungiltigen Obligationen (vgl. § 217 Note 7); nur dann ist sie ungiltig, wenn im Hauptvertrage etwas Unmögliches, Unsittliches, Widerrechtliches versprochen worden ist [13] oder wenn eine Handlung in voller Freiheit vorgenommen werden soll [14] (daher darf z. B. einem Verlöbniß eine Conventionalstrafe nicht hinzugefügt, die Scheidung einer Ehe nicht unter einer Conventionalstrafe verboten werden). — Die Strafe verfällt, falls sie auf ein Unterlassen gesetzt war, mit dem Zuwiderhandeln [15]; war sie auf ein positives Thun gesetzt, so frägt es sich, ob zugleich eine bestimmte Zeit für das Thun vorgeschrieben war oder nicht; ersterenfalls verfällt sie mit dem Ablauf der Frist [16], letzterenfalls in dem Augenblick, wo trotz Ablauf eines modicum tempus [17] und obwohl geleistet werden konnte, dennoch nicht geleistet worden ist [18]. — Theilweise Erfüllung befreit nicht von der Strafe [19]. — Mahnung des Schuldners durch den Gläubiger ist nicht nothwendig (es liegt hier eine sog. objective Mora vor, § 240, N. 1); ob Culpa

---

[8] l. 41. l. 42. l. 71. pr. D. pro soc. 17, 2; l. 28. D. de a. e. 19, 1; l. 10. § 1. D. de pact. 2, 14; l. 16. D. de transact. 2, 15; l. 40. C. eod. 2, 4. — [9] § 7. I. de v. o. 3, 15; l. 11. D. de stip. pr. 46, 5. — [10] l. 23. pr. D. de rec. 4, 8; l. 23. D. de o. et a. 44, 7; l. 10. i. f. D. de eo quod c. l. 13, 4. — [10a] l. 122. § 3. D. de v. 45, 1. — [11] l. 56. pr. D. de ev. 21, 2. — [12] l. 44. D. de us. 22, 1; l. 13. § 26. D. de a. e. 19, 1; l. 5. C. de us. 4, 32. — [13] l. 69. l. 26. l. 35. l. 123. D. de v. o. 45, 1. — [14] l. 61. pr. l. 134. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 2. C. de inut. stip. 8, 39. — [15] l. 122. § 6. D. de v. o. 45, 1. — [16] l. 23. D. de o. et a. 44, 7; l. 12. C. de contr. stip. 8, 38. — [17] l. 21. § 12. D. de rec. 4, 8. — [18] l. 115. § 2. D. de v. o. 45, 1. — [19] l. 47. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. §§ 3. 4. l. 85. § 6. D. de v. o. 45, 1.

des Schuldners, ist bestritten; nach richtiger Meinung ist sie in der Regel[19a] nicht erforderlich[20].

III. **Promissorischer Eid.** Er ist die **Beziehung eines Versprechens auf einen Gegenstand, der von dem Versprechenden als ein hoher, heiliger angesehen wird.** In der Auswahl dieser Gegenstände läßt das Römische Recht die größte Freiheit zu: per salutem tuam, per caput tuum vel filiorum, per genium principis, auch selbst propriae superstitionis, nur nicht improbatae publice religionis[21]. — — Abgesehen von dem eidlichen Dienstversprechen Seitens eines Freigelassenen[22] hielten die Römer die Regel fest, daß der promissorische Eid einen Vertrag nicht wirksamer mache, als er an sich ist[23]; ein Kaisergesetz bestrafte jedoch denjenigen Großjährigen mit Infamie, der einen beschworenen Vergleich brach[23a], und ein kaiserliches Rescript[24] verweigerte einem Minderjährigen die in integrum restitutio, der einen Verkauf eidlich bekräftigt hatte (§ 101 N. 13, § 105 N. 10). Ueber den Umfang dieses Rescripts stritten die Glossatoren Bulgarus und Martinus, indem jener es bloß auf an sich giltige Veräußerungen bezog, dieser selbst auf nichtige, z. B. wenn ein Minderjähriger ein Grundstück ohne Decret der Obrigkeit veräußerte (§§ 378. 21 Note 9); diesen Streit entschied Kaiser Friedrich I. Rothbart in der Authentica sacramenta puberum[25] (gemäß der unrichtigen Meinung) dahin, daß der Eid eines Mündigen jedes **Veräußerungsgeschäft** (selbst das **nichtige**) unangreifbar mache. Päpstliche Decretalen[26] erklärten hierauf die eidliche Einwilligung der Ehefrau zur Veräußerung des Dotalgrundstücks, den eidlichen Verzicht der dotirten Tochter auf die künftige Erbschaft des Vaters, die eidliche Bestärkung der lex commissoria durch den Verpfänder für bindend; worauf die Canonisten das allgemeine Princip aufstellten, daß jeder promissorische Eid gehalten werden müsse, sobald dies ohne Schaden eines Dritten (namentlich des Staatswohls) und der ewigen Seligkeit geschehen könne. Die ältere Praxis erkannte dies bei Schenkungen unter Ehegatten und Intercessionen der Frauen an; in neuerer Zeit aber neigt sich allmählich die Doctrin zur Verwerfung jenes allgemeinen Princips als eines gefährlichen, ja neuere Particulargesetzgebungen verbieten überhaupt die außergerichtliche eidliche Bestärkung von Verträgen[27].

5) Contrahirung der Verträge durch Stellvertreter.

Buchka, Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen. 1852. — Brinz, kritische Blätter Nr. 2. 1853. — Ruhstrat, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. 1854. — Mandry, das gemeine Familienrecht mit Ausschluß des ehel. Güterrechts. Bd. 2. S. 207ff. 1876. — Drechsler, die act. quod iussu. 1877.

[19a] Eine Ausnahme s. in l. 2. § 1.—l. 4. § 3. D. si quis caut. 2, 11; l. 21. § 9. D. de rec. 4, 8. — [20] l. 77. D. de v. o. 45, 1; l. 9. D. de n. f. 22, 2; l. 22. pr. D. ad l. A. 9, 2. — [21] l. 5. pr. — § 3. D. de j. 12, 2. — [22] l. 7. pr. D. de op. lib. 38, 1; l. 44. D. de l. c. 40, 12. — [23] l. 7. § 16. D. de p. 2, 14; l. 5. § 1. C. de leg. 1, 14. — [23a] l. 41. C. de transact. 2, 4. — [24] l. 1. C. si adv. v. 2, 28. — [25] Auth. Sacramenta puberum zu l. 1. C. cit. — [26] c. 28. X. de jurej. 2, 24; c. 2. in VI. de p. l. 28; c. 7. X. de jurej. 2, 24. — [27] Allg. Preuß. Landrecht 2, 20. §§ 1425—1430; vgl. A.G.O. 1, 10. § 284; vgl. auch das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 § 302.

a. § 219. Einleitung.

Savigny, Obligationenrecht § 57.

Die Lehre von der Stellvertretung bei obligatorischen Verträgen hat in der Entwicklung des Römischen Rechts eine bedeutende Umgestaltung erfahren, eine noch größere Umbildung ist durch das mittelalterliche und moderne Gewohnheitsrecht erfolgt; ja der Grundsatz des alten Civilrechts, daß der Stellvertreter aus den von ihm geschlossenen Verträgen allein berechtigt resp. verpflichtet werde, ist jetzt gänzlich aufgegeben und in sein gerades Gegentheil verkehrt. Das Verständniß dieser Rechtsentwicklung, ferner die Klarheit der Darstellung, endlich die sachgemäße Entscheidung der hier einschlagenden Streitfragen verlangt eine nach den verschiedenen Perioden (des Civilrechts, des prätorischen, des Justinianischen, des heutigen Rechts) getrennte Darstellung (§§ 220—223).

Im Voraus muß aber an zwei grundlegende Begriffe (§ 65) erinnert werden: des Vertreters in der Willenserklärung und des Vertreters im Willen (besser: in der Bildung des Willens). Der Vertreter in der Erklärung des Willens (Bote, nuntius) ist Derjenige, welcher den ihm mitgetheilten Willen eines Anderen einem Dritten überbringen, also an Stelle des Auftraggebers erkären soll (ähnlich dem Briefe, welcher eine Willenserklärung enthält) [1]. Vertreter im Willen ist, wer selbst an Stelle eines Anderen einen Willen bilden und diesen hierauf für den Anderen gegenüber einem Dritten erklären soll. Die Vertretung durch den Boten bezieht sich auf die Aeußerung, die durch den Vertreter im Willen auch auf die Bildung des Willens, also auf das Contrahiren und die Feststellung der Vertragsabreden; der Bote ist das Organ behufs Mittheilung eines fremden Willens, der Vertreter im Willen erzeugt einen eigenen Willen, der jedoch von einem Anderen (dem Vertretenen) anerkannt werden muß; dabei verschlägt es nichts, daß der Vertreter im Willen an gewisse Instructionen gebunden ist; denn diese Instructionen beschreiben nur die Grenzen, innerhalb deren er sich bei Bildung seines Willens bewegen soll; man kann bloß sagen: der Vertretene, welcher Instructionen ertheilt, hat die Absicht auf ein Rechtsgeschäft gerichtet, der Vertreter erst faßt den Entschluß, d. h. er bildet den Willen. Sind freilich die Instructionen so bestimmt gefaßt, das dem Vertreter nichts hinzuzuthun noch selbst zu wählen bleibt, so ist er kein Vertreter in der Bildung des Willens, sondern in der Willenserklärung.

Noch ist zu bemerken, daß eine Abart des Boten der Makler (proxeneta) bildet; er betreibt das Vermitteln von Verträgen als Gewerbe; zu diesem Zwecke erklärt er jeder der in Vertragsunterhandlungen stehenden Parteien den ihm mitgetheilten Willen der anderen, und er empfängt dafür bei dem Zustandekommen des Vertrages einen Lohn (proxeneticum), dessen gerichtliche Geltendmachung nach classischem Rö-

[1] l. 1. § 1. D. mand, 17, 1; l. 2. § 2. D. de o. et a. 44, 7. — [2] t. D. de prox. 50, 14.

mischem Rechte in der Form einer extraordinaria cognitio vor sich ging[3] (§ 296 unter III).

b. § 220. Das alte Civilrecht.

Savigny, System § 113.

Daß auch nach dem Civilrecht bei dem Eingehen von Verträgen (außer bei Verbalverträgen) die Anwendung eines Boten zulässig ist, daß dieser außer allem Obligationsnexus bleibt, daß die Wirkungen des Vertrages sich allein auf die contrahirenden Parteien beziehen[1], — ist selbstverständlich. Wenn aber der offene (§ 65 unter II. 2), zum Contrahiren befugte Vertreter im Namen des Vertretenen einen Vertrag abschließt (z. B. ein Handlungsprocurist, ein Vormund, ein Vorsteher einer juristischen Person kauft, verkauft, miethet, vermiethet im Namen des Handlungsherrn, des Mündels, der juristischen Person), so wird nach dem alten Civilrecht nur er allein (nicht aber der Vertretene) Gläubiger resp. Schuldner[2]; denn die aus dem Vertrage hervorgehende Berechtigung resp. Verpflichtung ist nach Civilrecht die Folge des Entschlusses, die bloße Absicht zu contrahiren (s. § 219) hat nicht die Kraft, sie zu erzeugen. Man drückt dies gewöhnlich so aus: „nach Civilrecht ist die unmittelbare Stellvertretung bei Verträgen unzulässig"; besser sagt man: nach Civilrecht hat der vom Vertreter abgeschlossene Vertrag keine directe Wirkung für den Vertretenen; soll eine directe Beziehung zwischen dem Vertretenen und dem dritten Contrahenten hervorgebracht werden, so muß der Vertreter seine Rechte aus dem Vertrage an den Vertretenen cediren[3] resp. seine Rechte aus dem Vertretungsverhältnisse an den dritten Contrahenten abtreten. — Eine scheinbare Ausnahme findet dann statt, wenn eine gewaltunterworfene Person als Stellvertreter des Gewalthabers contrahirt; hier nämlich wird, sofern es sich um Forderungen handelt, der Gewalthaber allein unmittelbar aus dem Vertrage Gläubiger[4]; allein dieser Satz beruht auf der Regel, daß alle Erwerbungen einer gewaltunterworfenen Person nach Civilrecht dem Gewalthaber zufallen, und zwar selbst dann, wenn die gewaltunterworfene Person nicht als Stellvertreter des Gewalthabers handelt[5] (vgl. § 65 Note 11).

c. § 221. Das Prätorische Recht.

Savigny, Obligationenrecht § 54. — Vangerow, §§ 608. 240—243. 661.

Der Grundsatz des Civilrechts ist praktisch völlig unbrauchbar; es wird dadurch das von den bei dem Vertrage interessirten Personen erstrebte Resultat vereitelt; denn die Obligation entsteht zwischen dem Vertreter und dem dritten Contrahenten, während sie nach der Absicht der Parteien zwischen dem Vertretenen und dem dritten Contrahenten entstehen sollte. Eine Reform, gleichzeitig unter Wahrung des civilen Grundsatzes, ward deshalb im prätorischen Edict und dem sich an-

---

[1] l. 15. D. de pec. c. 13, 5; l. 1. § 11. D. dep. 16, 3; l. 1. § 1. D. mand. 17, 1. — [2] l. 11. D. de o. et a. 44, 7. — [3] l. 8. § 10. l. 45. pr. i. f. D. mand. 17, 1. — [4] Ulp. 19, 18; Gai. 2, 86—90; pr. § 3. I. per quas. p. 2, 9. — [5] §§ 4. 13. I. de in stip. 3, 19; l. 79. D. de acq. her. 29, 2.

schließenden Juristenrecht durchgeführt. Das Princip dieser Reform lautet: die nach Civilrecht entstehenden Obligationen zwischen dem Vertreter und dem dritten Contrahenten bleiben bestehen, außerdem entstehen Obligationen zwischen dem Vertretenen und dem dritten Contrahenten; diese neuen Obligationen haben ganz denselben Inhalt wie die ursprünglichen und werden deshalb mit actiones utiles geltend gemacht (d. h. zur Zeit des Formularprocesses so, daß die Intentio auf die Person des Vertreters, die Condemnatio auf die Person des Vertretenen gerichtet wird)[1]; es entsteht ein Verhältniß, welches der Correalobligation sehr ähnlich ist (nicht aber eine Correalobligation ist, wie die herrschende Meinung behauptet, § 245 unter II. 2); der Unterschied zwischen beiden besteht darin, daß bei der Correalobligation zwei principale und sich gegenseitig in gleicher Weise beeinflußende (Sonder-) Obligationen existiren, hier jedoch ist die Obligation des Vertreters die principale und maßgebende, die des Vertretenen die accessorische und abgeleitete. Wo daher ein Anspruch von dem Wissen oder Nichtwissen einer Person abhängt, muß auf die Person des Vertreters gesehen werden[2] (z. B. der Vertreter kauft eine fehlerhafte Sache und kennt die Fehler, während der Vertretene sie nicht kennt; keiner von beiden hat einen Anspruch an den Verkäufer)[3]; nur darf durch diesen Rechtssatz kein Dolus gestattet werden, und daher hat 1) Derjenige, welcher einen Auftrag zum Ankauf einer bestimmten Sache, deren Mängel er kannte, gegeben hat, auch dann keinen Anspruch wegen der Mängel, wenn sein Vertreter sie nicht kannte[4]; 2) umgekehrt darf die Collusion, deren der Vertreter sich schuldig macht, dem Vertretenen nicht zum Schaden gereichen; daher hat der Vertretene, wenn sein Vertreter wissentlich und mit der Absicht, seinen Auftraggeber zu betrügen, einen freien Menschen kauft, dieselben Rechte, wie wenn der Vertreter in Unkenntniß über die Freiheit gewesen wäre[5].

Im Einzelnen stellt sich die Sache folgender Maßen:

I. Erwerb von Forderungen aus Verträgen der Vertreter. Die Behandlung ist verschieden, je nachdem der Vertreter der Gewalt des Vertretenen unterworfen ist oder nicht:

1. Ist der Vertreter der Gewalt des Vertretenen unterworfen, so wird schon nach Civilrecht der Vertretene direct aus seinem Vertrage berechtigt[6] (§ 220 N. 4), und hiebei behielt es später sein Bewenden.

2. Ist der Vertreter eine selbständige Person, so kommt es auf die Person des Vertretenen an; es haben nämlich Mündel, juristische Personen, Soldaten aus den Verträgen ihrer Vormünder, Vorstände, Bevollmächtigten eine actio utilis gegen den dritten Contrahenten[7]; andere

---

[1] Gai. 4, 35. 69. sqq. 83. sq. — [2] l. 12. D. de c. e. 18, 1. — [3] l. 51. § 1. de aed. ed. 21, 1; l. 16. §§ 2. 3. l. 22. § 5. D. de l. c. 40, 12. — [4] l. 13. de c. e. 18, 1; l. 51. de aed. e. 21, 1; l. 16. § 4. de l. c. 40, 12; l. 17. D. de l. c. 40, 12 in ihrem ersten Satze. — [5] Dies ist der Inhalt des Schlußsatzes der vielbestrittenen l. 17. D. de l. c. 40, 12. — [6] § 4. I. de in st. 3, 19; l. 38. § 17. D. de v. o. 45, 1. — [7] l. 2. l. 4. C. quando ex facto tut. 5, 39; l. 5. §§ 7. 9. D. c. p. 13, 5; l. 2. D. quando ex f. 26, 9; l. 2. pr. D. de adm. tut. 26, 7; l. 26. D. de r. c. 12, 1.

Personen haben dieselbe nur ausnahmsweise, namentlich wenn ihr Bevollmächtigter zahlungsunfähig ist[8].

II. Verpflichtungen durch Verträge der Vertreter. Hier wurde in einigen Fällen (act. exercitoria und institoria) keine Rücksicht darauf genommen, ob der Vertreter der Gewalt des Vertretenen unterworfen ist oder nicht. In anderen Fällen hingegen wurden gerade mit Rücksicht auf diesen Umstand verschiedene Klagen eingeführt, nämlich gegen den Gewalthaber des Vertreters die act. quod iussu, de peculio, tributoria, de in rem verso, gegen einen anderen Vertretenen die sog. act. quasi institoria und die act. de in rem verso. Alle diese Klagen heißen bei den Neueren act. adiecticiae qualitatis; denn sie können neben den Klagen gegen den Vertreter angestellt werden: hoc edicto non transfertur actio sed adiicitur[9].

A. Klagen ohne Rücksicht darauf, ob der Vertreter der Gewalt des Vertretenen unterworfen ist oder nicht.

1. Act. exercitoria[10]. Bestellt ein Rheder (exercitor navis) Jemanden zum Schiffscapitän (magister navis), sei es seinen Haussohn, seinen Sklaven oder einen Fremden, so haftet er dem Dritten, mit welchem der Capitän contrahirt, auf vollständige Erfüllung aller Verträge, welche in seinen Geschäftskreis fallen[11], also auch auf Rückgabe eines Darlehns, vorausgesetzt, daß es (z. B. zur Schiffsreparatur) nöthig war, und obgleich es hinterher vom Capitän anderweitig verthan worden ist[12]. Ob der Rheder auch wegen der Delicte des Capitäns hafte, ist in den Quellen nicht erörtert und unter den Romanisten streitig. Die Klage des Dritten gegen den Rheder heißt act. exercitoria.

2. Act. institoria[13]. Bestellt ein Geschäftsherr (die Geschäfte können sehr mannigfach sein, in den Quellen[14] werden erwähnt: Ein- und Verkauf von Waaren, Hausiren mit Kleidern und Wäsche, Banquiergeschäfte, Administration eines großen Miethhauses, Reinigung von Kleidern) Jemanden zu seinem Vertreter (institor), sei es seinen Haussohn, seinen Sklaven oder einen Fremden, so haftet er dem Dritten, mit welchem der Institor contrahirt, auf vollständige Erfüllung aller Verträge, welche in seinen Geschäftskreis fallen[15]. Ob der Geschäftsherr auch wegen der Delicte des Institor hafte, ist streitig, und nach richtiger Meinung zu bejahen[16]. Die Klage des Dritten gegen den Geschäftsherrn heißt act. institoria.

B. Klagen gegen Denjenigen, dessen Vertreter seiner Gewalt unterworfen ist.

1. Act. quod iussu[17]. Sie bezieht sich auf den Fall, daß ein

---

[8] l. 49. § 2. D. de a. p. 41, 2; l. 1. § 18. D. de ex. 14, 1; l. 1. l. 2. D. de inst. 14, 3; l. 27. § 1. l. 28. pr. l. 68. D. de proc. 3, 3; l. 5. D. de stip. pr. 46, 5; l. 13. § 25. D. de a. e. v. 19, 1; l. 18. § 16. D. dam. inf. 39, 2. — [9] l. 5. § 1. D. de exerc. a. 14, 1; l. 1. § 17. l. 5. § 1. eod. — [10] t. D. 14, 1: de exercitoria actione; t. C. 4, 25: de institoria et exercitoria actione. — [11] l. 1. pr. — §§ 5. 15. 16. D. h. t. 14, 1; § 2. I. quod cum eo 4, 7. — [12] l. 7. pr. § 1. l. 1. § 9. D. h. t. 14, 1. — [13] t. D. 14, 3: de institoria actione; t. C. 4, 25: de institoria et exercitoria actione. — [14] l. 3. l. 5. pr.—§ 10. l. 19. D. h. t, 14, 3; § 2. I. quod cum eo 4, 7. — [15] l. 5. §§ 11—16. l. 7. §§ 1. 2. l. 11. § 5. l. 13. pr. D. h. t. 14, 3. — [16] l. 5. §§ 8. 10. D. h. t. 14, 3. — [17] t. D. 15, 4: quod iussu.

Hauskind oder Sklave mit einem Dritten zufolge Ermächtigung seines Gewalthabers contrahirt; die Ermächtigung kann entweder an den Gewaltunterworfenen[18] oder auch an den dritten[19] Contrahenten gerichtet sein (bestritten); die Ermächtigung muß eine Angelegenheit des Gewalthabers[20], nicht des Unterworfenen (also nicht dessen peculium castrense oder bona adventitia) betreffen (bestritten). Es haftet der Gewalthaber dem dritten Contrahenten auf vollständige Erfüllung; die Klage des letzteren gegen den ersteren führt (von den Anfangsworten des prätorischen Edicts) den Namen actio quod iussu.

2. Act. de peculio[21]. Sie bezieht sich auf den Fall, daß ein Hauskind oder Sklave von seinem Gewalthaber ein Peculium (d. h. einen Theil des Vermögens des Gewalthabers zur Verwaltung) erhalten hat und daß er sich bei Gelegenheit dieser[22] Verwaltung durch Verträge, nicht durch Delicte[23] (außer bei Bereicherung des Peculiums), auch nicht durch Schenkungsversprechen verpflichtet[23a]. Dann haftet der Gewalthaber[24] dem Dritten soweit, als das Peculium[25] zur Zeit der Condemnation[26] reicht (es werden demgemäß zur condemnatio formulae die Worte „duntaxat de peculio" hinzugesetzt, und die Klage des dritten Contrahenten gegen den Gewalthaber heißt hievon actio de peculio). Doch ist der Gewalthaber befugt, vornweg vom Peculium soviel für sich zu nehmen, als er selbst von dem Unterworfenen aus irgendwelchen Obligationen[27] (außer Strafen)[28] zu fordern hat. Unter mehreren Peculiargläubigern gehen die privilegirten vor[29]; sonst gilt die Regel: occupantis est melior conditio[30]. Die Haftung des Gewalthabers dauert noch einen annus utilis über die Aufhebung der Gewalt hinaus[31].

3. Eine Abart des vorhergehenden Falles ist der mit der actio tributoria verfolgbare Anspruch[32]. Hat nämlich der Gewaltunterworfene unter Zulassung[33] des Gewalthabers mit dem Peculium ganz oder theilweis einen Handel getrieben, so tritt, falls das Handelsgeschäft zur vollständigen Befriedigung der Handelsgläubiger nicht zureicht, eine concursartige Vertheilung der Handelsactiva unter die Handelsgläubiger ein; es hat alsdann der Gewalthaber kein Vorzugsrecht, vielmehr wird er wie ein gewöhnlicher Gläubiger behandelt (nur daß er auch Forderungen, die nicht aus Handelsgeschäften herrühren, geltend machen darf[34]); ferner wird alsdann die Regel: occupantis est melior conditio nicht angewendet[35]. Die Vertheilung selbst steht dem Gewalthaber zu, und er haftet, falls er nicht richtig vertheilt, mit der actio tributoria[36] bis

[18] l. 2. D. quod cum eo 14, 5; Theoph. 4, 7. § 1; l. 1. § 2. D. h. t. — [19] l. 1. § 1. D. h. t. l. 13. C. quod cum eo 4, 26. — [20] l. 1. § 5. D. h. t.; l. 5. § 2. D. de in rem v. 15, 2. — [21] t. D. 15, 1: de peculio; § 4. I. quod cum eo 4, 7. — [22] l. 18. § 5. D. de castr. p. 49, 17. — [23] l. 3. §§ 11. 12. D. h. t. — [23a] l. 7. D. de don. 39, 5. — [24] l. 3. § 5. sq. D. h. t.; l. 49. D. de o. et a. 44, 7; l. 14. D. de n. g. 3, 5; l. 7. D. de tut. 26, 1. — [25] l. 4. pr. §§ 1. 2. l. 47. § 2. D. h. t. — [26] l. 30. pr. D. h. t.; l. 53. D. sol. m. 24, 3; l. 7. § 15. D. qu. ex c. 42, 5. — [27] l. 9. l. 11. pr.—§ 6. l. 52. pr. D. h. t. — [28] l. 9. § 6. D. h. t. — [29] l. 52. pr. § 1. D. h. t.; l. 23. § 13. sol. matr. 24, 3. — [30] l. 10. l. 52. pr. D. h. t.; l. 6. D. de trib. a. 14, 4. — [31] t. D. 15, 2: quando de pec. a. annalis est. — [32] t. D. 14, 4: de tributoria actione. — [33] l. 1. pr. § 3. D. h. t. — [34] l. 5. §§ 6. 7. l. 1. pr. D. h. t. — [35] l. 5. § 19. l. 6. D. h. t. — [36] l. 7. § 2. D. h. t.; § 3. I. quod cum eo 4, 7.

zum Betrag der Handelsactiva. Hat der Gewaltunterworfene mehrere Handelsgeschäfte getrennt betrieben, so werden die Gläubiger eines jeden getrennt befriedigt [37].

4. Act. de in rem verso [38]. Nach der gemeinen Meinung bezieht sie sich auf den Fall, daß ein Hauskind oder Sklave mit oder ohne Ermächtigung des Gewalthabers eine Verpflichtung eingeht, und Das, was er in Folge dieser Verpflichtung erwirbt, ganz oder zum Theil zum Besten des Gewalthabers verwendet. Diese Meinung ist quellenwidrig. Nach den Quellen [39] ist die act. de in rem verso eine Abart der act. de peculio; sie bezieht sich auf den Fall, daß ein Hauskind oder Sklave ein Peculium erhalten hat und er Das, was er zufolge Vertrags mit dem Dritten erwirbt, nicht in sein Peculium bringt, sondern unmittelbar zum Besten des Gewalthabers verwendet [40]; es haftet der Gewalthaber innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist von dreißig Jahren [41] auf Höhe der Bereicherung. In vierfacher Hinsicht gewährt die act. de in rem verso Vortheile vor der act. de peculio [42]: a) es haftet der Gewalthaber auch dann, wenn die act. de pec. verjährt ist; b) ferner dann, wenn das Peculium ohne Dolus zurückgenommen worden ist; c) ferner dann, wenn das Peculium erschöpft ist; d) unter mehreren Peculiargläubigern hat Derjenige, der seine Forderung auf in rem versio stützt, einen Vorzug vor anderen Gläubigern.

C. Klagen gegen Denjenigen, dessen Vertreter seiner Gewalt nicht unterworfen ist.

1. Sog. act. quasi institoria. Trägt Jemand einem Anderen die Abschließung irgend eines Rechtsgeschäfts auf, so haftet er dem dritten Contrahenten auf vollständige Erfüllung des Vertrages [43]. Die Neueren nennen die hieher gehörige Klage act. quasi institoria, ad exemplum, ad instar institoriae; allein der Zusatz ad exemplum institoriae, ad instar institoriae kommt nicht bloß in der vorliegenden Materie, sondern auch sonst in mannigfacher Anwendung vor [44] und ist bei den Römern nie die technische Bezeichnung für eine bestimmte Klage gewesen.

2. Act. de in rem verso. Sie bezieht sich auf den Fall, daß ein Vertreter bei dem Contrahiren mit dem Dritten die Grenzen seiner Befugniß überschritten hat, der Vertretene aber in Folge des abgeschlossenen Vertrages bereichert ist; es haftet alsdann der Vertretene dem dritten Contrahenten auf Höhe der Bereicherung [45]. — Sehr streitig aber ist, ob die gleiche Haftung dann stattfindet, wenn ein Geschäftsführer ohne Auftrag in fremden Angelegenheiten mit einem Dritten contrahirt und den Geschäftsherrn dadurch bereichert; das Richtige ist eine Mittelmeinung, wonach jene Haftung dann anzunehmen ist, wenn der Geschäftsführer sich

---

[37] l. 5. §§ 15. 16. D. h. t. — [38] t. D. 15, 3: de in rem verso. — [39] § 4. I. quod cum eo 4, 7; Gai. 4, 74. i. f. — [40] l. 3. §§ 1. 2. l. 5. § 3. l. 10. §§ 4. 7. D. h. t. 15, 3. — [41] l. 1. § 1. D. h. t. 15, 3. — [42] l. 1. D. h. t. 15, 3. — [43] l. 31. pr. D. de n. g. 3, 5. l. 5. C. h. t. 4, 25; vgl. l. 10. § 5. D. mand. 17, 1; l. 13. § 25. D. de a. e. v. 19, 1; l. 16. D. h. t.; l. 6. C. h. t. — [44] l. 19. pr. D. h. t.; l. 7. § 1. D. h. t.; l. 4. C. h. t. — [45] l. 3. D. quando ex f. 26, 9; l. 15. pr. D. de dolo 7, 3; l. 13. § 7. D. de a. e. 19, 1.

als solcher dem Dritten zu erkennen gibt[46], d. h. wenn er als offener Stellvertreter handelt (§ 65 unter II. 2). — Nach einer früheren, jetzt fast ganz aufgegebenen Theorie findet eine sog. actio de in rem verso utilis (sog. Klage aus der nützlichen Verwendung) statt, sobald Jemand durch die Handlung eines Anderen aus dem Vermögen eines Dritten bereichert ist, ohne Rücksicht darauf, ob jener Andere der Geschäftsführer des Bereicherten oder sein Schuldner ist; man machte hievon z. B. bei Bauten Anwendung, indem man den Materiallieferanten und Bauarbeitern, welche mit dem Baumeister contrahirt und in Folge dieses Vertrages geleistet hatten, einen Anspruch gegen den Bauherrn zuschrieb. Diese Theorie ist dem Römischen Recht durchaus fremd[47], aber in vielen neueren Particulargesetzgebungen hat sie Anerkennung gefunden; vgl. auch § 280 i. A. über die sog. Bereicherungsklage.

d. § 222. Das Justinianische Recht.

Savigny, Obligationenrecht §§ 55. 56. — Vangerow, § 608.

Im Laufe der Zeit erfuhr das prätorische Edict folgende Abänderungen:

1. Aus Verträgen, welche ein Vormund Namens des Mündels abgeschlossen hat, findet nach beendeter Vormundschaft weder für noch gegen den Vormund eine Forderung statt; es tritt vielmehr der Mündel allein an seine Stelle[1].

2. Aehnliche Grundsätze gelten bei den Verwaltern des Vermögens einer juristischen Person[2].

3. Die actio iudicati, welche für und wider den Proceßprocurator begründet ist (denn iudicio contrahitur)[3], wird in der Regel auf die vertretene Partei selbst übertragen[4].

Unrichtig hingegen sind folgende Behauptungen:

a. Daß nach späterem Römischen Recht jeder Vertreter nur dann hafte, wenn sich der dritte Contrahent sein Recht gegen ihn besonders vorbehalte, oder daß er nur so lange hafte, als er die Geschäfte des Vollmachtgebers führe, oder daß er nur soweit hafte, als er Vermögen des Vollmachtgebers in Händen habe. Die dafür angeführten Quellenzeugnisse[5] bestätigen keineswegs jene Behauptungen.

b. Daß nach späterem Römischen Recht ein Unterschied zwischen formellen und formlosen Verträgen zu machen sei: nur bei den ersteren habe sich das civile und prätorische Recht erhalten, hingegen bei den letzteren sei aus dem vom Vertreter abgeschlossenen Vertrag lediglich der Vertretene berechtigt und verpflichtet worden. Die einzige hiefür angeführte

---

[46] l. 7. § 1. C. quod cum eo 4, 26; l. 82. D. pro soc. 17, 2. — [47] l. 49. D. mand. 17, 1; l. 15. C. si cert. pet. 4, 2; l. 8. C. dep. 4, 34; l. 3. C. de o. et a. 4, 10.

[1] l. 2. pr. l. 9. pr. D. de adm. 26, 7; l. 26. C. eod. 5, 37; ll. 5—8. D. quando ex f. 26, 9; ll. 1—4. C. eod. 5, 39; l. 26. D. de r. c. 12, 1; l. 5. § 9. D. de pec. c. 13, 5. — [2] l. 3. § 2. D. de adm. rer. ad civ. 50, 8. — [3] l. 3. § 11. D. de pec. 15, 1. — [4] ll. 17—28. l. 68. D. de proc. 3, 3; l. 79. D. de v. o. 45, 1. l. 5. D. de stip. pr. 46, 5; l. 4. pr. D. de re jud. 42, 1. — [5] l. 20. D. de e. i. a. 14, 3; l. 6. § 1. D. de n. g. 3, 5; l. 67. D. de proc. 3, 3.

Stelle[6] handelt nicht von dem Gegensatz der formellen und formlosen Obligationen, sondern von dem der Rechte und der factischen Zustände[7]; es hat deshalb diese Ansicht keinen Beifall gefunden.

e. § 223. Das heutige Recht.

Savigny, Obligationenrecht § 58. — Vangerow, § 608.

I. Nach einem schon im Mittelalter beginnenden Gewohnheitsrecht (§ 65 a. E.) wird aus dem Vertrage, welchen der Vertreter im Namen des Vertretenen abschließt, nicht mehr der Vertreter, sondern nur der Vertretene berechtigt und verpflichtet; diesem Gewohnheitsrecht entsprechend geschieht die Wortfassung des Vertrages nicht bloß so, daß der Vertreter erklärt, er contrahire Namens des Vertretenen, sondern gewöhnlich so, daß er erklärt, es contrahire der Vertretene durch ihn; eine Vertragsurkunde unterschreibt er daher gewöhnlich mit den Worten: N. N. (Name des Vertretenen) durch A. A. (Name des Vertreters).

II. Ueber die Bedeutung dieses Gewohnheitsrechts haben sich zwei Hauptmeinungen gebildet. Die erste Meinung hält daran fest, daß der Vertreter, weil er den Vertrag abschließt, zunächst Gläubiger und Schuldner werde, daß aber durch das Gewohnheitsrecht seine Forderung resp. seine Schuld ihm abgenommen und auf den Vertretenen übertragen werde. Nach der zweiten Meinung wird der Vertreter überhaupt nicht Gläubiger noch Schuldner, weil er es nicht werden will, vielmehr ist dies von Anfang an der Vertretene. Von praktischer Wichtigkeit ist die Streitfrage namentlich 1) wenn der Vertreter nicht verpflichtungs- oder nicht erwerbsfähig ist, während der Vertretene es ist; 2) wenn Jemand als Vertreter eines Anderen einen Vertrag schließt, ohne von ihm bevollmächtigt zu sein, resp. wenn er die Vollmacht überschreitet; 3) wenn der Vertreter die Vollmacht von Mehreren gemeinsam erhalten hat. Das Verkehrsinteresse verlangt, daß man die aufgeworfenen Fragen im Sinne der angegebenen zweiten Meinung entscheide; also dahin, daß der Vertretene verpflichtet werde resp. erwerbe, wenngleich der Vertreter verpflichtungs- resp. erwerbsunfähig ist[1]; ferner dahin, daß Derjenige, welcher der Vollmacht ermangelt oder sie überschreitet, nicht zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet sei, sondern überhaupt nicht (nämlich wenn der andere Contrahent die Umstände kennt) oder doch bloß zum Schadensersatz (dem negativen Vertragsinteresse); endlich dahin, daß die mehreren Auftraggeber nicht solidarisch, sondern ein Jeder pro rata haften (§ 244 N. 12. 13. 19). — Darin ist man einig, daß sofern es sich um die Beurtheilung der Existenz des Willens, seiner Motive und seiner Erklärung handelt (§§ 50. 51. 62. 63), auf die Person des Vertreters gesehen werden muß, da er den im Vertrage niederzulegenden Willen bilden und erklären soll. Daher schließt das Kindesalter, die Geisteskrankheit, der wesentliche Irrthum, die physische Bewältigung des Vertreters jeden Vertrag aus, die Abschließung eines

---

[6] l. 53. D. de acq. r. d. 41, 1. — [7] Pauli sent. rec. 5, 3. § 2; l. 1. C. per quas. pers. 4, 27; § 3. I. eod. 2, 9.

[1] cf. l. 7. § 2. D. de inst. 14, 3; l. 1. § 16. D. de ex. a. 14, 1.

Vertrages durch Drohungen gegen den Vertreter berechtigt den Vertretenen zur Anfechtung des Vertrages u. s. w.

Drittes Capitel.

Der Inhalt der Obligationen.

§ 224. Uebersicht.

t. D. XLVI, 3; t. C. VIII, 43: de solutionibus et liberationibus.

Der Inhalt der Obligation kann von einem doppelten Standpunkt aus festgestellt werden: von dem des Gläubigers und von dem des Schuldners.

I. Auf Seiten des Gläubigers ist die Obligation ein Recht: das Recht auf Erfüllung der Obligation; daraus folgt das weitere Recht, über die Obligation zu verfügen durch Cession, Delegation, Compensation, Novation, Erlaß. Das Recht der Verfügung über die Obligation wird später unter mehrfachen Gesichtspunkten dargestellt werden; in dem ersten Titel dieses Capitels soll das Recht des Gläubigers auf Erfüllung nach allen Richtungen (bezüglich des Gegenstandes, der Person des Erfüllenden und des Empfängers, der Zeit, des Ortes, der klageweisen Geltendmachung, der Collision mehrerer Gläubiger) zur Darstellung gelangen.

II. Auf Seiten des Schuldners ist die Obligation eine Pflicht: die Pflicht, die Obligation zu erfüllen und für die Nichterfüllung sowie für die nicht gehörige Erfüllung einzustehen (praestare). Genauer ausgedrückt: der Schuldner muß dafür einstehen, wenn die Obligation nicht erfüllt wird wegen eigener Schuld, oft auch wegen fremder Schuld, nicht jedoch wegen Zufalls; er muß dafür einstehen, wenn die geschehene Erfüllung sich hinterher als eine scheinbare oder als eine bloß vorübergehende oder als eine mangelhafte ausweist; er muß dafür einstehen, wenn die geschehene Erfüllung nicht zu rechter Zeit, nicht am rechten Ort erfolgt ist. Muß der Schuldner einstehen, so haftet er meist für das Interesse (§ 243). — Alle diese Gegenstände gelangen in dem zweiten Titel dieses Capitels zur Darstellung.

Erster Titel.

Das Recht des Gläubigers auf Erfüllung.

I. § 225. Der Gegenstand der Erfüllung.

Römer, die Leistung an Zahlungsstatt nach Römischem und gemeinem Recht mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher. 1866. — Savigny, Obligationenrecht § 31. — Vangerow, § 583.

Der Gläubiger kann die Leistung desjenigen Gegenstandes verlangen, welchen der Schuldner schuldet: solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit [1]; der Gläubiger braucht sich demnach in der Regel weder

---

[1] l. 176. D. de v. s. 50, 16.

eine Theilung noch eine Aenderung der Leistung gefallen zu lassen; ausnahmsweise ist wider den Willen des Gläubigers zulässig:

1. Eine Theilung der Leistung dann, wenn der Schuldner nur einen Theil der Schuld anerkennt und zu leisten bereit ist[2]; mit Unrecht haben hieraus Einige gefolgert, daß überall Theilleistungen zulässig seien; diese Folgerung wird dadurch widerlegt, daß trotz der Leistung eines Theiles der Schuld die Zinsen der ganzen Schuld fortlaufen[3].

2. Eine Aenderung der Leistung im Fall der Novelle 4. c. 3. Um nämlich die Verschleuderung der Grundstücke im Wege der Execution zu verhüten, bestimmte Justinian, daß Derjenige, welcher Geld schuldet, aber nur Immobilien (wie einige Juristen hinzusetzen: oder Mobilien) im Vermögen hat, diese nach einer gerichtlich aufzunehmenden Schätzung dem Gläubiger an Zahlungsstatt hingeben könne (sog. beneficium dationis in solutum, datio in solutum necessaria); der Gläubiger hat unter verschiedenen Immobilien die Auswahl; ist jedoch der Schuldner eine Kirche oder milde Stiftung, so steht dem Gläubiger die Wahl nicht zu, auch wird alsdann der gerichtlich festgestellte Schätzungswerth um ein Zehntel erhöht[4]. — Ueberall wo diese Voraussetzungen fehlen, kann nur mit Einwilligung des Gläubigers etwas Anderes statt des Geschuldeten geleistet werden[5] (sog. datio in solutum voluntaria). — Die Hingabe an Zahlungsstatt hebt nur dann die Obligation auf, wenn das Hingegebene verabredetermaßen ins Vermögen des Gläubigers gebracht wird; ist dies nicht der Fall und wird es hinterher von dem wahren Berechtigten dem Gläubiger abgestritten (evincirt), so tritt die alte Schuld, die inzwischen nur geruht hatte, wieder in Wirksamkeit[6], und überdies kann der Gläubiger den Ersatz des Schadens verlangen, den er in Folge der Eviction des an Zahlungsstatt Hingegebenen erlitten hat[7] (z. B. die Kosten des Evictionsprocesses, Auslagen auf die jetzt evincirte Sache). Mit Unrecht behaupten viele Schriftsteller, daß im Fall der Eviction der Gläubiger wählen könne, ob die alte Forderung wiederaufleben oder ob die Hingabe an Zahlungsstatt als Kauf mit Compensation des Kaufpreises gegen die bisherige Schuld behandelt und dem Gläubiger der gesammte Schaden wie bei Eviction einer verkauften Sache ersetzt werden solle; von jenem angeblichen Wahlrecht ist nirgends in den Quellen die Rede.

Die oben dargestellte Lehre von der datio in solutum necessaria ist von der Reichscivilproceßordnung unberührt geblieben, weil dieselbe im § 757 hinsichtlich der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen die Landesgesetze bestätigt.

II. § 226. Die Person des Erfüllenden und des Empfängers.

Vangerow, § 582.

Es ist nicht immer nothwendig, daß die Erfüllung durch den Schuldner selbst und an den Gläubiger persönlich geschehe.

[2] l. 21. D. de r. c. 12, 1. — [3] l. 41. D. de us. 22, 1. — [4] Nov. 120. c. 6. § 2. — [5] l. 2. § 1. l. 3. D. de r. c. 12, 1; l. 16. C. h. t. 8, 43; pr. I. qu. m. obl. toll. 3, 29. — [6] l. 46. pr. § 1. D. h. t. 46, 3; l. 8. C. de sent. et int. 7, 45. — [7] l. 24. pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 4. C. de ev. 8, 45.

I. Nur dann muß die Erfüllung durch den Schuldner selbst erfolgen, wenn die Persönlichkeit des Leistenden von Einfluß auf den Inhalt der Leistung ist[1] (wie bei künstlerischen Arbeiten, bei gewissen Handwerksarbeiten). Wo dies nicht der Fall ist (wie namentlich bei Leistung von körperlichen Sachen) kann die Erfüllung durch irgend wen geschehen; der Gläubiger darf den Zahlunganbietenden nicht zurückweisen, mag der Schuldner diesen zur Zahlung beauftragt haben oder nicht[2].

II. Statt an den Gläubiger persönlich kann an dessen Stellvertreter (Bevollmächtigten, Vormund[3] u. s. w.) geleistet werden; ja, es muß dies geschehen, falls der Gläubiger handlungsunfähig ist[4]. — Häufig wird im Vertrage selbst (bei der Stipulation mit folgenden Worten: mihi aut Titio dare spondes? — spondeo)[5] oder später dem Schuldner die Befugniß eingeräumt, statt an den Gläubiger an einen Anderen (solutionis causa adiectus) zu leisten; der letztere hat keine Forderung an den Schuldner und kann daher weder dem Schuldner die Schuld erlassen, noch sie mit ihm noviren, noch sie gegen ihn einklagen[6]; er kann bloß die Leistung in Empfang nehmen[7] und muß das Empfangene an dem Gläubiger herausgeben[8]. Uebrigens kann der Gläubiger die Befugniß des Schuldners, an den solut. c. adiectus zu leisten, nicht einseitig zurücknehmen[9], diese Befugniß hört vielmehr erst dann auf, wenn der Schuldner nicht freiwillig leistet, sondern es zum Proceß kommen läßt[10], sowie wenn der sol. c. adiectus stirbt[11] oder eine Veränderung in seiner persönlichen Stellung erleidet, welche den Gläubiger gefährdet (z. B. er gibt sich in Adoption, er wird verbannt)[12]. — Bestritten ist es, ob der Schuldner an den Gläubiger seines Gläubigers leisten dürfe. Es ist (einen einzigen Fall ausgenommen[13], § 294 Note 28) kein Grund vorhanden, eine solche dem Inhalt der Obligation widersprechende Befugniß dem Schuldner zu gewähren; in der Regel erlangt aber der Schuldner, der an den Gläubiger seines Gläubigers leistet, gegen den letzteren nach den Grundsätzen der negotiorum gestio (§ 309) eine Gegenforderung, die er auf dem Wege und unter den Bedingungen der Compensation geltend machen darf[14]. — Eine Leistung an den Erblasser des Gläubigers befreit den Schuldner immer, gleichviel ob Jener das Empfangene seinem Erben herausgegeben hat oder nicht[15] (denn der Erbe muß in der Regel jedes Rechtsgeschäft seines Erblassers vertreten). — Eine Leistung an einen unbeauftragten Dritten (negotiorum gestor) befreit den Schuldner nur

---

[1] l. 31. D. h. t. 46, 3. — [2] l. 39. D. de neg. gest. 3, 5; l. 23. l. 40. l. 53. l. 72. § 2. D. h. t. 46, 3; pr. I. qu. m. obl. toll. 3, 29. — [3] l. 180. D. de r. j. 50, 17; l. 12. pr. l. 14. § 7. l. 34. § 3. l. 49. D. h. t. 46, 3; l. 19. C. eod. 8, 43; l. 11. § 5. D. de pign. act. 13, 7; l. 6. § 2. D. de cond. ind. 12, 6. — [4] l. 15. l. 66. D. h. t. 46, 3; § 2. I. qu. al. 2, 8. — [5] § 4. I. de inut. stip. 3, 19. — [6] l. 10. D. de nov. 46, 2; l. 10. D. h. t. 46, 3; l. 7. § 1. D. de pec. const. 13, 5. — [7] § 4. I. de in. stip. 3, 19; l. 16. pr. D. de fid. 46, 1; l. 12. § 3. l. 59. l. 106. D. h. t. 46, 3. — [8] § 4. I. de inut. st. 3, 19; l. 131. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 98. § 5. i. f. D. h. t. 46, 3. — [9] Vgl. die Stellen in Note 7. — [10] l. 57. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 16. pr. de fid. 46, 1. — [11] l. 81. pr. D. h. t. 46, 3. — [12] l. 38. l. 95. § 6. D. h. t. 46, 3; l. 56. § 2. D. de v. o. 45, 1. — [13] l. 11. § 5. D. de pign. a. 13, 7. — [14] l. 6. D. de exc. dol. 44. 4. — [15] l. 11. § 5. D. de pign. act. 13, 7.

dann, wenn Jener das Geleistete dem Gläubiger herausgibt [16] oder wenn der Gläubiger die Leistung an den Geschäftsführer hinterher genehmigt [17]. — Geht die Obligation auf Leistung einer beweglichen Sache und kann der Schuldner wegen eines in der Person des Gläubigers liegenden Hindernisses sie nicht leisten (z. B. der Gläubiger lehnt die Annahme ab, er ist abwesend, veräußerungsunfähig), so befreit sich der Schuldner von seiner Schuld dadurch, daß er die Sache (bei den Römern in einem Tempel, heut) bei Gericht deponirt [18]; es steht dem Schuldner frei, den deponirten Gegenstand wieder zurückzunehmen, bis der Gläubiger ihn empfangen hat [19].

III. Die Zeit der Erfüllung.

A. § 227. Die Regel.

Savigny, § 50. — Vangerow, §§ 585. 587.

Der Gläubiger kann die Erfüllung der Obligation verlangen, wenn die letztere fällig ist. Daß eine Obligation fällig sei, wird in den Quellen mit: dies obligationis venit bezeichnet, im Gegensatz zum dies obligationis cedit, welche Worte den Augenblick bezeichnen, in welchem die Obligation entsteht (in welchem sie perfect wird) [1].

I. Zu welcher Zeit die Obligation fällig werde, hängt zunächst davon ab, ob durch Gesetz [2] (§ 294 Note 13. § 342) oder Willenserklärung [3] eine besondere Bestimmung darüber gegeben ist; dann kann der Gläubiger die Erfüllung nicht vor dieser Zeit verlangen [4], wohl aber muß er (nach der Regel: diei adiectio pro reo est, non pro stipulatore) [5] sie annehmen, wenn der Schuldner sie vorher anbietet, und nur dann kann er sie zurückweisen, wenn die Abrede über die Erfüllungszeit in seinem (des Gläubigers) Interesse getroffen worden ist [6]. — Macht der Schuldner von dem Recht der Früherzahlung Gebrauch, so erwächst daraus bei verzinslichen Geldschulden dem Gläubiger kein Vortheil, weil seine Zinsforderung sofort mit der Erfüllung erlischt; anders wenn die Schuld eine unverzinsliche Geldschuld ist, indem dann der Gläubiger das empfangene Geld schon jetzt verzinslich anlegen kann. Dieser Vortheil heißt commodum temporis, repraesentationis, interusurium, im heutigen kaufmännischen Sprachgebrauch Disconto, Rabatt. Nach der Behauptung einiger Juristen kann der Schuldner diesen Vortheil bei der Früherzahlung abziehen; allein dies verstößt gegen die Gerechtigkeit, denn es ist nicht sicher, daß dem Gläubiger sofort die verzinsliche Anlegung des Geldes gelingen wird. Nur wo das Interesse dritter Personen es verlangt, muß der Gläubiger sich den Abzug des Interusurium gefallen lassen; so wenn

---

[16] l. 28. l. 34. § 9. D. h. t. 46, 3. — [17] l. 12. § 4. l. 49. l. 58. pr. D. h. t. 46, 3; l. 12. C. eod. 8, 43. — [18] l. 1. § 3. l. 7. D. de us. 22, 1; l. 28. § 1. D. de adm. 26, 7; l. 2. l. 6. l. 19. C. de us. 4, 32; l. 9. C. h. t. 8, 43; l. 7. § 2. D. de min. 4, 4. — [19] l. 19. C. de us. 4, 32.

[1] l. 213. D. de verb. sign. 50, 16. — [2] l. 24. D. loc. 19, 2; l. un. § 7. C. de r. u. a. 5, 13. — [3] § 2. I. de verb. obl. 3, 15; § 26. I. de inut. stip. 3, 19; l. 50. D. de o. et a. 44, 7; l. 41. pr. l. 42. D. de v. o. 45, 1. — [4] § 2. I. cit.; l. 42. D. cit. — [5] l. 41. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 38. § 16. l. 137. § 2. eod. l. 70. D. de sol. 46, 3. — [6] l. 17. D. de reg. jur. 50, 17; cf. l. 43. § 2. D. de leg. 2. (31); l. 15. D. de ann. leg. 33, 1.

über das Vermögen des Schuldners Concurs eröffnet ist; daher wird, wenn die Forderung an den Gemeinschuldner eine betagte ist, dem Gläubiger immer das Interusurium abgezogen [7a]; daher muß ferner der Gläubiger, welchem der Gemeinschuldner vor eröffnetem Concurse eine Schuld vorzeitig zahlte, das Interusurium hinterher an die Concursmasse herauszahlen [7]. In diesen Fällen wie auch anderweitig [8] (§ 447 unter 1. 2) ist es nothwendig, die Größe des Interusurium zu berechnen; darüber sind drei Meinungen aufgestellt worden:

1. Nach Carpzov besteht es in den Zinsen, die der Nominalbetrag der Forderung in der Zwischenzeit abwerfen würde; der Gläubiger erhält den Nominalbetrag nach Abzug seiner Zinsen in der Zwischenzeit, z. B. statt eines nach zwei Jahren fälligen Capitals von 100 Thlrn. bei einem Zinsfuß von 5 Procent: 90 Thlr.

2. Nach Hofmann besteht es in den Zinsen, welche die jetzt zu zahlende Summe in der Zwischenzeit abwerfen würde; der Gläubiger erhält eine solche Summe, daß er mit Hinzurechnung der von derselben inzwischen zu ziehenden Zinsen am Verfalltage die Schuldsumme haben würde; in dem obigen Beispiele: $90\,^{10}/_{11}$ Thlr.

3. Nach Leibnitz besteht es in den Zinsen und Zinseszinsen, die die jetzt zu zahlende Summe in der Zwischenzeit abwerfen würde; der Gläubiger erhält in dem obigen Beispiele: $90\,^{310}/_{441}$ Thlr.

Der einzigen Stelle, die in den Quellen des Römischen Rechts von der Berechnung des Interusurium handelt [9], liegt die Carpzov'sche Methode zu Grunde; allein es liegt hierin keine bindende Rechtsvorschrift, sondern nur der Versuch zur Lösung einer mathematischen Aufgabe. Auch im heutigen Geschäftsverkehr wird die Carpzov'sche Methode angewendet; zwar ist sie mathematisch wie juristisch unrichtig und sie führt sogar bei längeren Zeiträumen zu Absurditäten; allein sie gestattet eine sehr einfache Rechnungsweise, und bei kurzen Zeiträumen und kleinen Summen ist der dem Gläubiger erwachsende Verlust kaum der Rede werth. In der Praxis der Gerichte ist die Hofmann'sche Methode recipirt, und diese ist auch in der Reichsconcursordnung § 58 bestätigt worden.

II. Diejenigen Obligationen, deren Fälligkeit durch Gesetz oder Willenserklärung nicht besonders bestimmt ist, werden sofort mit ihrer Entstehung fällig: in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur [10]; nur muß dem Schuldner zur Erfüllung diejenige Frist gewährt werden, welche die Beschaffenheit der Leistung (impedimentum naturale) selbst nöthig macht [11], z. B. es handelt sich um den Bau eines Hauses, um zukünftige Früchte [12].

[7a] Reichscivilproceßordnung § 58. — [7] l. 10. § 12. l. 17. § 2. D. quae in fraud. 42, 8. — [8] Vgl. l. 1. § 10. l. 45. pr. l. 66. pr. D. ad l. falc. 35, 2; l. 24. § 2. D. sol. matr. 24, 3. — [9] l. 88. § 3. D. ad l. falc. 35, 2. — [10] l. 14. D. de r. j. 50, 17; l. 213. pr. D. de v. s. 50, 16. — [11] § 27. I. de inut. stip. 3, 19; l. 14. l. 60. l. 73. l. 98. § 1. l. 137. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 186. D. de r. j. 50, 17. — [12] l. 73. pr. D. de v. o. 45, 1.

B. § 228. Die Ausnahmen (die Stundung).

Vangerow, §§ 174. 586.

I. Aus Billigkeitsgründen wird in einigen Fällen dem Schuldner eine kleine Frist (modicum tempus) für die Erfüllung gewährt. So dem Erben hinsichtlich der Erbschaftsschulden (neque enim cum sacco hereditatem adire debet)[1], dem Miterben hinsichtlich der Collationsschuld[2] (§ 429), dem Schuldner, der vor Gericht seine Schuld sofort bekennt und um eine Zahlungsfrist bittet[3], dem Constituenten, der eine Zahlungsfrist sich auszubedingen vergessen hat[4] (§ 264 N. 1).

II. Die Mehrheit der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners kann (nach einer Verordnung von Justinian)[5] dem Schuldner mit der Wirkung Stundung gewähren, daß die Minderheit daran gebunden ist. Die Stundungsfrist kann höchstens fünf Jahre betragen. Die Mehrheit wird durch den Gesammtbetrag der Forderungen bestimmt; ist aber der Betrag der Forderungen auf beiden Seiten gleich: durch die Anzahl der Gläubiger. — Dieses Gesetz, welches nur scheinbar die Rechte der Minderheit verletzt, in Wahrheit ihr Interesse befördert, ist zwar durch § 4 des Einführungsgesetzes zur Reichsconcursordnung und § 14 des Einführungsgesetzes zur Reichscivilproceßordnung aufgehoben worden, allein die Reichsconcursordnung § 160 ff. kennt in dem Zwangsvergleich ein Institut, welches die Mehrheit der Gläubiger mit noch größeren Befugnissen ausstattet als das Justinianische Gesetz (vgl. § 268. III).

III. Durch Rescript des Regenten konnte nach Römischem Recht dem Schuldner eine Stundungsfrist gewährt werden (Moratorium, Indult, Quinquennellen, weil es gewöhnlich auf fünf Jahre gegeben wird); doch sollte dies nur dann geschehen, wenn der Schuldner den Gläubigern für ihre künftige Befriedigung Bürgen stellte[6]. Man ist heut darüber einig, daß dieses Institut der Gerechtigkeit schädlich, der fürstlichen Würde gefährlich ist, und es ist deshalb durch § 4 des Einführungsgesetzes zur Reichsconcursordnung und § 14 des Einführungsgesetzes zur Reichscivilproceßordnung aufgehoben worden.

IV. Auch das von den Neueren sog. beneficium competentiae (in den Quellen condemnatio in id quod facere potest) enthält eine Stundung. Gewisse Schuldner nämlich können verlangen, daß ihnen soviel belassen werde, als sie zum Lebensunterhalt nothwendig bedürfen. — Grund für Gewährung dieser Stundung ist:

1. Ein Zustand des Schuldners, der sich besonderer gesetzlicher Begünstigungen erfreut. Aus diesem Grunde hat das ben. comp.: 1. der Soldat gegenüber allen seinen Gläubigern[7]; die Ausdehnung auf Geistliche und Juristen (die sog. milites Christi et Iustiniani, die Diener der militia spiritualis et togata) ist keineswegs durch die Praxis anerkannt, wohl aber durch Particulargesetze; 2. nach der l. Iulia de cessione bonorum Derjenige, welcher freiwillig die Concurseröffnung be-

---

[1] l. 105. D. de sol. 46, 3; l. 71. § 2. D. de leg. 1. (30). — [2] l. 5. § 1. D. de coll. 37, 6. — [3] l. 21. D. de jud. 5, 1. — [4] l. 21. § 1. D. de pec. const. 13, 5. — [5] l. 8. C. qui bon. ced. 7, 71. — [6] l. 2. l. 4. C. de prec. 1, 19; R.P.O. v. 1577. Tit. 23. § 4. — [7] l. 6. pr. l. 18. D. de re jud. 42, 1.

antragt, zu diesem Zwecke seinen Gläubigern sein Vermögen abgetreten und hierauf neues Vermögen erworben hat, gegenüber den damaligen Gläubigern[8], nicht auch (wie Einige behaupten)[9] gegenüber allen; nach dem Einführungsgesetz zur Reichsconcursordnung § 4 ist die Güterabtretung beseitigt, und demgemäß die daraus hervorgehende Competenzwohlthat weggefallen; 3. Derjenige, welcher, während er in väterlicher Gewalt stand, Schulden eingegangen ist, gegen die desfallsigen Gläubiger, außer wenn er lange nach Aufhebung der Gewalt belangt wird oder wenn er bei der Aufhebung der Gewalt nicht unbedeutendes Vermögen erworben hat[10].

2. Ein persönliches Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner, weswegen es unangemessen erscheint, daß der Gläubiger seine Forderung mit aller Strenge geltend macht. Dieses Verhältniß ist entweder ein bestimmtes Familienverhältniß oder es hängt mit der Forderung selbst zusammen. Aus diesem Grunde haben das ben. competentiae: 1. die Ascendenten gegenüber den Descendenten[11], nicht aber auch umgekehrt, wie Einige behaupten; 2. die Ehegatten gegenseitig[12]; 3. der Schwiegervater gegenüber dem Schwiegersohn, welcher ihn während der Ehe auf Erfüllung eines Dotalversprechens belangt[13]; 4. der Ehemann, sein Vater und seine Kinder gegenüber denjenigen Personen, an welche die Dos vermöge gesetzlicher Vorschrift zurückfällt, nicht also bei der dos recepticia[14] (§ 338); 5. der Schenker gegenüber der Forderung aus dem Schenkungsversprechen[15]; 6. der Gesellschafter gegenüber den Forderungen aus der Gesellschaft; zwar besteht in den Quellen darüber eine Antinomie, ob das Beneficium jedem Gesellschafter oder nur dem socius omnium bonorum zustehe[16], doch ist die erstere Vorschrift vorzuziehen, weil jede Societät zugleich ein Freundschaftsverhältniß begründet: quum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat[17]. — Die eben angeführten Quellenworte haben einige Juristen zu der Annahme bewogen, daß auch den Geschwistern das Beneficium zustehe; — mit Unrecht, da darin bloß ein Hinweis auf das innige Verhältniß von Gesellschaftern liegt.

Das benef. competentiae ist stets ein höchstpersönliches, steht also weder dem Bürgen des Schuldners zu, noch geht es auf dessen Erben über[18]. Es fällt immer bei Delictsforderungen weg, bei anderen Forderungen dann, wenn der Schuldner sich eines Dolus schuldig gemacht hat[19] (z. B. der Haussohn hat sich seinem Contrahenten gegenüber für frei von der väterlichen Gewalt ausgegeben); auch kann darauf verzichtet werden, außer wo dies contra bonos mores wäre (wie z. B. Seitens der

[8] § 40. I. de act. 4, 6; l. 4. § 1. D. de cess. bon. 42, 3; l. 3. C. de bon. auct. jud. 7, 72. — [9] Wegen l. 4. § 1. cit.; allein s. § 40. cit. und l. 3. cit. — [10] l. 49. D. de re jud. 42, 1; ll. 2—5. D. quod cum eo 14, 5. — [11] l. 16. l. 17. D. de re jud. 42, 1. — [12] l. 20. D. de re jud. 42, 1. — [13] l. 21. l. 22. pr. D. de re jud. 42, 1; l. 17. pr. D. sol. matr. 24, 3. — [14] l. 21. l. 23. l. 24. § 1. D. de re jud. 42, 1; l. 12. l. 14. pr. l. 15. § 2. l. 16. l. 17. § 2. l. 18. pr. D. sol. matr. 24, 3. — [16] l. 33. D. de j. d. 23, 3; l. 33. pr. D. de don. 39, 5; l. 19. § 1. D. de re jud. 42, 1. — [16] l. 63. pr. D. pro soc. 17, 2; l. 16. D. de re jud. 42, 1; § 38. I. de act. 4, 6. — [17] l. 63. pr. cit. — [18] ll. 23—25. l. 41. pr. D. de re jud. 42, 1; l. 7. pr. D. de exc. 44, 1; l. 63. §§ 1. 2. D. pro soc. 17, 2; ll. 12—15. § 1. D. sol. matr. 24, 3. — [19] l. 22. § 1. l. 52. D. de re jud. 42, 1; l. 21. § 6. D. rer. am. 25, 2; l. 4. §§ 1. 2. D. quod cum eo 14, 5.

Eltern gegenüber den Kindern)[20]. Es dauert nur so lange, bis der Schuldner neues Vermögen erworben hat[21]. Es kann in jedem Stadium des Processes geltend gemacht werden; geschieht dies vor dem Urtheil, so wird der Schuldner auf weniger verurtheilt; geschieht es in der Executionsinstanz, so wird er auf weniger exequirt[22]; nicht aber kann das einmal Geleistete zurückgefordert werden[23]. Bei Berechnung des dem Schuldner zu belassenden Betrages ist auf das (für ihn und seine Familie) zum Lebensunterhalt (Nahrung, Kleidung, Wohnung) Nothwendige zu sehen[24]; Schulden des Schuldners gegenüber anderen Gläubigern werden nicht berücksichtigt[25], außer wenn der Schenker auf das benef. comp. Anspruch macht[26].

Uebrigens hat das benef. competentiae bei den Römern zwei Stadien durchgemacht. Ursprünglich bewirkte es, daß der Schuldner bloß auf den Betrag seines Vermögens verurtheilt wurde[27], so daß er, trotzdem er zahlungsunfähig war, den Nachtheilen der Zahlungsunfähigkeit (d. h. dem Personalarrest und der Concurseröffnung) entging; erst später legte man es dahin aus, daß der Schuldner nicht auf den ganzen Betrag seines Activvermögens zu verurtheilen, sondern daß ihm noch der nothwendige Lebensbedarf zu belassen sei[28]. Diese historische Entwicklung nicht anerkennend, nehmen einige neuere Juristen ein doppeltes Beneficium an: ein benef. condemnationis in id quod facere potest und ein benef. executionis.

Die Reichscivilproceßordnung hat über das benef. competentiae keine Verordnung getroffen; die obigen Grundsätze sind daher noch heut giltig.

IV. § 229. Ort der Erfüllung.

Reatz, die Lehre vom Erfüllungsort. 1862. — Savigny, System § 370; Oblig. Recht § 49. — Vangerow, § 584.

Der Gläubiger kann verlangen, daß die Erfüllung am rechten Orte geschehe.

I. Der Ort der Erfüllung kann durch die Natur der Obligation oder durch deren Gegenstand bestimmt sein. Durch die Natur der Obligation ist er bei Schadens- und Strafforderungen bestimmt; bei ersteren kann der Gläubiger die Erfüllung an seinem Wohnorte verlangen[1], letztere kann der Schuldner an seinem Wohnorte leisten. Durch den Gegenstand ist der Ort bei denjenigen Obligationen bestimmt, welche auf Uebergabe oder Bearbeitung eines Grundstücks gerichtet sind; aber auch von beweglichen individuell bestimmten Sachen gilt der

[20] l. 14. § 1. D. sol. matr. 24, 3. — [21] l. 63. § 4. D. pro soc. 17, 2; l. un. § 7. C. de rei ux. act. 5, 13; l. 8. C. sol. mat. 5, 18. — [22] l. 17. §§ 1. 2. D. sol. matr. 24, 3; l. 41. § 2. D. de re jud. 42, 1; l. 33. pr. D. de don. 39, 5. — [23] l. 8. l. 9. D. de cond. ind. 12, 6. — [24] l. 173. D. de r. j. 50, 17; l. 19. § 1. l. 30. D. de re jud. 42, 1; l. 6. l. 7. D. de cess. bon. 42, 3. — [25] l. 19. § 1. l. 49. l. 50. D. de re jud. 42, 1; l. 54. D. sol. matr. 24, 3. — [26] l. 16. l. 19. pr. D. de re jud. 42, 1; l. 63. § 3. D. pro soc. 17, 2. — [27] l. 82. D. ad l. falc. 35, 2; § 37. I. de act. 4, 6; l. 21. D. de re jud. 42, 1. — [28] l. 19. § 1. D. de re jud. 42, 1; l. 173. pr. D. de r. j. 50, 17.

[1] l. 72. § 3. D. de sol. 46, 3.

Grundsatz, daß sie an dem Orte zu leisten sind, wo sie sich ohne Schuld des Schuldners befinden[2] (daher muß der Käufer und Miether die Sache abholen)[3]; Gattungssachen hingegen unterliegen dem subsidiären Erfüllungsort (s. unter III), außer bei dem Darlehn und dem Fideicommiß: das Darlehn soll am Orte der Hingabe zurückgezahlt werden[4], das Fideicommiß (nach Justinianischem und heutigem Recht: das Vermächtniß) kann an dem Orte ausgezahlt werden, wo sich der größere Theil der Erbschaft befindet[5].

II. Der Ort der Erfüllung kann durch Abrede der Parteien bestimmt werden[6]. Dann kann der Gläubiger die Erfüllung nur an diesem Orte verlangen[7]; wenn aber der Schuldner an diesem Orte nicht leistet, so ist der Gläubiger berechtigt, am subsidiären Erfüllungsort (dem persönlichen Gerichtsstande des Schuldners, s. unter III.) die Erfüllung nebst dem sog. Ortsinteresse zu fordern; das Genauere s. in § 242 unter II.

III. Ist der Ort der Erfüllung unbestimmt, so ist, wenn der Schuldner es zur Klage kommen läßt, der Klageort maßgebend[8]; dies ist in der Regel der persönliche Gerichtsstand des Schuldners, also sein Wohnort. Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, daß an diesem Orte die Leistung dem Schuldner am leichtesten ist. Daraus folgt, daß, falls der Schuldner freiwillig erfüllt (— von diesem Falle schweigen die Quellen —) er nicht bloß an dem Orte seines persönlichen Gerichtsstandes, sondern an jedem Orte erfüllen kann, welcher überhaupt ein passender ist[9], z. B. im Geschäftslocal, in der Wohnung des Gläubigers.

V. § 230. Die Klagbarkeit der Obligation.

Christiansen, zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti. 1844. — Holtius, Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts Nr. 1, übersetzt von Sutro. 1852. — Brinz, kritische Blätter Nr. 3. 1853. — Schwanert, die Naturalobligationen des Römischen Rechts. 1861. — Savigny, Obligationenrecht §§ 5—14. — Vangerow, § 567.

I. Begriff der Civil- und Naturalobligation. Wie jedes Recht ist die Forderung des Gläubigers in der Regel klagbar[1], und heißt, je nachdem das Klagrecht im civilen oder im prätorischen Recht anerkannt ist, obligatio civilis resp. obl. honoraria[2]. Es gibt jedoch Obligationen, denen die Klage versagt ist; wiewohl ihnen hiernach das am meisten charakteristische Kennzeichen des Rechts fehlt, so darf man sie

---

[2] l. 12. § 1. D. dep. 16, 3; l. 38. l. 52. § 3. D. de jud. 5, 1; l. 47. pr. § 1. D. de leg. 1. (30); l. 137. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 11. D. ad exh. 10, 4. — [3] l. 2. l. 5. D. de per. et comm. 18, 6; l. 3. § 4. l. 9. D. de a. e. v. 19, 1. — [4] l. 45. § 1. D. de jud. 5, 1. — [5] l. 50. pr. D. de jud. 5, 1; l. un. C. ubi fid. 3, 17; l. 2. C. comm. de leg. 6, 43. — [6] § 33. I. de act. 4, 6; l. 47. pr. § 1. D. de leg. 1. (30); l. 50. pr. l. 52. §§ 1. 2. D. de jud. 5, 1. — [7] l. 2. § 7. l. 9. D. de eo quod certo loco 13, 4. — [8] l. 1. D. de ann. leg. 33, 1; l. 38. D. de jud. 5, 1; l. 47. § 1. D. de leg. 1. (30); l. 4. D. de cond. trit. 13, 3; l. 22. D. de r. c. 12, 1. — [9] l. 39. D. de sol. 46, 3.

[1] l. 108. D. de v. s. 50, 16; l. 42. § 1. D. de o. et a. 44, 7. — [2] l. 5. pr. D. de pign. 20, 1; l. 1. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 1. § 24. D. de ex. a. 14, 1; l. 8. § 4. D. de acc. 46, 4; § 1. I. de obl. 3, 13.

nicht (was aber freilich in den Quellen zuweilen geschieht)[3] für nichtige Obligationen erklären, — und zwar deshalb, weil ihnen die übrigen Wirkungen der Obligation bald in größerem, bald in geringerem Umfange zukommen. Sie heißen in den Quellen naturales obligationes[4], und es soll hiemit angedeutet werden, daß sie der natürlichen Anschauung (wenn auch nicht der juristischen Auffassung) als Obligationen erscheinen; doch wird diese Bezeichnung zuweilen auch für diejenigen Obligationen gebraucht, welche nicht bloß nach natürlicher Anschauung existiren, sondern welche zugleich in Gesetz und Recht ihre volle Anerkennung gefunden haben, z. B. bezüglich des Darlehns und der Miethe[5], bezüglich der Rückforderung einer aus entschuldbarem Irrthum geleisteten Sache[6], bezüglich der Haftung eines Handlungsunfähigen auf Höhe seiner Bereicherung[7].

II. Wirkungen der Naturalobligation. Dieselben sind möglicher Weise folgende:

1. Wenn der Naturalschuldner freiwillig erfüllt, so liegt darin die Erfüllung einer Schuld; deshalb finden auf diese Erfüllung weder die Grundsätze der Schenkung, noch die der Leistung einer Nichtschuld Anwendung[8], vielmehr kann der Gläubiger, selbst wenn der Erfüllende irrthümlich die Schuld für eine klagbare hielt[9], das Geleistete behalten[10]; der Naturalgläubiger hat, wie man zu sagen pflegt, das Recht der soluti retentio.

2. Wenn der natürliche Schuldner freiwillig zur Sicherung der Naturalobligation ein Pfand[11] oder einen Bürgen[12] bestellt oder ein Zahlungsversprechen (constitutum debiti)[13] abgibt, so ist dies giltig, und es kann nicht unter dem Vorwande angefochten werden, daß jene Geschäfte eine giltige Obligation voraussetzen; denn die Naturalobligation ist nicht ungiltig, sondern klaglos.

3. Wenn der natürliche Schuldner eine Novation der Naturalobligation vornimmt, so ist sie giltig[14] — aus demselben Grund wie zu 2.

4. Selbst wider den Willen des Schuldners kann der natürliche Gläubiger die Naturalobligation zur Compensation stellen[15], und daher wird auch bei Feststellung des Betrags einer Erbschaft die Naturalobligation zwischen Erblasser und Erben[16], bei Feststellung des Betrages eines peculium profecticium die Naturalobligation zwischen dem Gewalthaber und Gewaltunterworfenen[17] in Ansatz gebracht.

III. Fälle der Naturalobligation. Viele derselben sind heute

[3] l. 10. D. de v. s. 50, 16; l. 16. § 4. D. de fid. 46, 1; l. 41. D. de pec. 15, 1; l. 42. § 1. D. de o. et a. 44, 7. — [4] l. 5. pr. D. de pign. 20, 1; l. 5. § 2. l. 94. § 4. D. de sol. 46, 3; l. 10. D. de v. s. 50, 16. — [5] l. 126. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 1. pr. D. loc. 19, 2. — [6] l. 15. pr. D. de cond. ind. 12, 6. — [7] l. 5. pr. D. de auct. 26, 8. — [8] l. 19. § 4. D. de don. 39, 5; l. 21. pr. D. ad l. Falc. 35, 2. — [9] l. 40. pr. l. 64. D. de cond. ind. 12, 6. — [10] l. 16. § 4. D. de fid. 46, 1; l. 10. D. de obl. et a. 44, 7. — [11] l. 5. pr. l. 14. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 13. pr. D. de cond. i. 12, 6. — [12] l. 6. § 2. l. 7. l. 16. § 3. l. 60. D. de fid. 46, 1. — [13] l. 1. § 7. D. de pec. c. 13, 7. — [14] l. 1. § 1. D. de nov. 46, 2. — [15] l. 6. D. de comp. 16, 2. — [16] l. 95. § 2. D. de sol. 46, 3. — [17] l. 7. §§ 6. 7. l. 9. §§ 2. 4; l. 17. i. f. D. de pec. 15, 1; l. 38. §§ 1. 2. D. de cond. i. 12, 6; l. 20. § 2. D. de stat. 40, 7.

unpraktisch; so namentlich die des Sklaven[18], die des Capite deminutus[19], diejenige, welche nach der Litiscontestation und nach der Proceßverjährung (§ 267 Note 8, § 86 unter II b) zurückblieb[20], diejenige, welche aus der Anwendung von ius iniquum entsprang[21], diejenige, welche aus Peculiargeschäften zwischen dem Gewalthaber und Gewaltunterworfenen entstand[22], — hingegen aus einem bloßen Pactum entsprang im Römischem Recht nach der richtigen Meinung regelmäßig keine Naturalobligation[23], § 209 Note 26. 27. Soweit die Naturalobligationen heut noch praktisch sein könnten, sind sie großentheils streitig:

1. Das einem Hauskind gegebene Darlehn erzeugt nach dem sct. Macedonianum bloß eine Naturalobligation mit den Wirkungen II. 1—3[24]; die Wirkung unter 4 wird durch kein Quellenzeugniß bestätigt und ist daher nach richtiger Meinung zu verneinen. — Einigen Römischen Juristen erschien es auffallend, daß das im sct. Macedonianum verbotene Darlehn an Hauskinder eine Naturalobligation erzeuge, während die im sct. Velleianum verbotene Intercession der Frauen völlig nichtig sei, und sie erklärten dies damit, daß, wo eine dem Schuldner gegebene Exceptio die Bestrafung des Gläubigers bezwecke, eine Naturalobligation vorhanden sei, hingegen wo sie eine Begünstigung des Schuldners beabsichtige, die Obligation völlig nichtig sei[25]. Diese Argumentation der Römischen Juristen paßt nun zwar auf die exc. scti Macedoniani und Velleiani, keineswegs aber auf alle anderen Exceptionen; denn die meisten anderen Exceptionen lassen sich nicht unter einen jener Gesichtspunkte (Bestrafung des Gläubigers, Begünstigung des Schuldners) unterordnen; man denke z. B. an die exc. doli, metus, rei iudicatae.

2. Ob ein Unmündiger, welcher sich ohne Genehmigung des Vormundes verpflichtet, naturaliter verpflichtet werde, ist streitig (§ 380 a. E.).

3. Ob ein Schuldner, welcher zu Unrecht freigesprochen ist, naturaliter verpflichtet bleibe, ist streitig (§ 97 Note 5—8).

4. Ob in Folge der Klagverjährung die Obligation völlig untergehe oder eine Naturalobligation zurückbleibe, ist streitig (§ 91 unter 2).

5. Viele Juristen sehen jede Sitte, welche eine Zuwendung verlangt, als Naturalobligation an; sie bezeichnen demnach als naturaliter verpflichtet die heirathende Frau zur Bestellung einer Mitgift, den Freigelassenen zur Leistung von Diensten an den Patron, den Beschenkten zu einer remuneratorischen Schenkung (§ 70), den Schuldner von Geld zur Zinszahlung. In der That wird auch einmal in den Quellen[26] die Sitte der remuneratorischen Schenkung als naturalis obligatio bezeichnet. Allein in allen diesen Fällen kann schon deshalb keine Naturalobligation gefunden werden, weil sie jedes bestimmten Inhalts entbehren (§ 208 Note 10. 11); der

---

[18] l. 14. D. de o. et a. 44, 7; l. 13. pr. D. de cond. i. 12, 6. — [19] l. 2. § 2. D. de cap. min. 2, 5. — [20] l. 60. pr. D. de c. i. 12, 6; l. 8. § 1. D. rat. r. 46, 8; l. 30. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2. — [21] l. 3. § 7. D. quod quisque 2, 2. — [22] l. 4. l. 11. D. de jud. 5, 1; l. 16. D. de furt. 47, 2; l. 64. D. de cond. i. 12, 6; l. 40. § 3. D. de cond. 35, 1. — [23] l. 1. § 2. D. 45, 1; l. 56. pr. D. de fid. 46, 1. — [24] l. 9. l. 10. l. 11. l. 18. D. ad sct. Mac. 14, 6; l. 26. § 9. l. 40. pr. D. de cond. i. 12, 6; l. 2. D. quae res pign. 20, 3; l. 2. C. ad sct. Mac. 4, 28. — [25] l. 40. pr. l. 19. pr. D. de cond. ind. 12, 6; l. 9. § 4. D. ad sct. Mac. 14, 6. — [26] l. 25. § 11. D. de h. p. 5, 3.

Umstand, welcher sie den Naturalobligationen ähnlich erscheinen läßt, ist der, daß, wenn in Folge der Sitte etwas geleistet worden ist, das Geleistete nicht als Geschenk behandelt wird (denn es fehlt der animus donandi), noch auch wieder zurückgefordert werden kann [27] (denn es läge darin eine Undankbarkeit).

6. Viele Juristen sehen eine Naturalobligation in der Obligation, deren Execution durch das benef. competentiae suspendirt ist (§ 228 unter IV); allein die Suspension der Execution darf nicht mit Klaglosigkeit indentificirt werden.

7. Viele Juristen sehen es als Erfüllung einer Naturalobligation an, wenn der Erbe, welcher die Falcidische Quart von den Vermächtnissen abziehen könnte (§ 446), dieselben vollständig auszahlt; allein die Quellen nennen dies bloß eine Rechtfertigung des Vertrauens, welches der Erblasser in den belasteten Erben gesetzt hat [28].

IV. Von der naturalis obligatio zu unterscheiden ist die obligatio civilis inanis, quasi nulla, inefficax [29]; es ist dies eine Obligation, welche nach altem Civilrecht giltig war, während das spätere Recht den Schuldner von jeder Verbindlichkeit befreite; z. B. die Obligation, welche durch Drohung oder Betrug veranlaßt ist.

§ 231. Beweis der Klage durch den Schuldschein. Anerkennungsvertrag.

Vgl. die Literatur zu §§ 209. 214. — Vangerow, § 612a.

I. Begriff und Beweiskraft des Schuldscheins im Röm. Recht. — Zum Beweis der Klage dient (abgesehen von anderen Mitteln) der Schuldschein (cautio) d. h. ein Schriftstück, worin Jemand entweder eine gewisse Schuld anerkennt oder eine gewisse Schuld zu zahlen verspricht (letzteren Falles liegt zugleich ein constitutum debiti vor, § 264). Ist in dem Schuldschein die Obligation selbst angegeben, um derenthalben er ausgestellt ist (causa debendi, wohl zu unterscheiden von der sog. causa civilis und der sog. causa obligationis, §§ 209. 214), so heißt er bei den Neueren cautio discreta (z. B. „ich bekenne, dem X. aus einem Darlehn, für gemachte Auslagen, zufolge Abrechnung vom heutigen Tage 100 Thaler zu verschulden") [1]; seinen Gegensatz bildet die cautio quae indiscrete loquitur [2], cautio indiscreta („ich bekenne, dem X. 100 Thaler zu verschulden"). Nur die c. discreta ist ein taugliches Beweismittel; die c. indiscreta hingegen (es ist ungewiß, ob schon zur Zeit der classischen Römischen Juristen [3] oder erst nach einer Verordnung des Kaisers Justinus) [4] ist unfähig, eine bestimmte Schuld zu beweisen, sie kann bloß das Vorhandensein einer Schuld bescheinigen, mit anderen Worten: sie erzeugt eine prae-

---

[27] l. 26. pr. § 12. l. 32. § 2. D. de c. i. 12, 6. — [28] l. 5. § 15. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 19. l. 20. D. quae in fr. 42, 8. — [29] l. 66. D. de r. j. 50, 17; l. 2. l. 8. § 9. D. ad sct. Vell. 16, 1; l. 40. pr. D. de cond. i. 12, 6; l. 8. de cond. ob. t. c. 12, 5; l. 95. § 2. D. de sol. 46, 3; l. 13. D. de jure d. 23, 3; l. 25. D. de v. o. 45, 1.

[1] l. 47. § 1. D. de pact. 2, 14; l. 24. l. 26. D. de pec. const. 13, 5; l. 61. pr. D. de o. et a. 44, 7; l. 26. D. dep. 16, 3. — [2] l. 25. § 4. D. de prob. 22, 3. — [3] l. 25. § 4. cit. — [4] l. 13. C. de non num. pec. 4, 30.

sumtio hominis (§ 96 Note 10.) — Besondere Grundsätze gelten von dem Schuldscheine, welcher über ein Darlehn (und ähnliche Geschäfte z. B. Quasiususfructus, locatio conductio irregularis, nicht aber von demjenigen, welcher über ein irreguläres Depositum)[5] ausgestellt ist. Weil nämlich derselbe häufig im Voraus ausgestellt wird (d. h. schon bevor der Aussteller des Schuldscheins das Darlehn empfangen hat, aber in der Erwartung, daß er es empfangen werde)[6], so ward seit Caracalla (um 215 n. Chr.) während einer gewissen Frist (bis Diocletian von einem Jahre, vor Justinian von fünf Jahren, seitdem von zwei Jahren)[7] die Kraft des Schuldscheins suspendirt[8]; der Schuldner kann während dieser Frist die sog. querela non numeratae pecuniae vorbringen d. h. er kann die bloße und unbewiesene Behauptung aufstellen, daß er das Darlehn nicht empfangen habe, und zwar entweder im Wege der Klage (condictio ob causam datorum)[9] oder im Wege der Klagebeantwortung (exc. non numeratae pecuniae)[10] oder endlich im Wege des gerichtlichen oder des schriftlich dem Gegner zugestellten Protestes[11]; er nöthigt dadurch den Gläubiger, den Beweis des Darlehns anderweitig zu führen[12], wird aber, wenn dieser Beweis gelingt, zur Strafe aufs Doppelte verurtheilt[13] (über die heutige Unanwendbarkeit der letzten Vorschrift s. § 81). Nach Ablauf der Frist kann der Schuldner jene Behauptung nicht mehr vorbringen, muß vielmehr unbedingt zahlen[14], nicht etwa weil in dem Schuldschein eine Literalobligation enthalten ist (— dies meinten Justinian[15] und Theophilus[16] und neuerdings einige Schriftsteller —), sondern weil der Schuldner, der den Schuldschein lange Zeit in den Händen des Empfängers gelassen hat, nothwendigerweise den Glauben veranlaßt, daß er das im Schuldschein angegebene Darlehn empfangen habe: es ist demnach praesumtio iuris et de iure für die Zahlung des Darlehns vorhanden. — In einigen Ausnahmefällen erlangt der Schuldschein sofort mit der Ausstellung die Beweiskraft:

a. wenn in dem Schuldschein das Bekenntniß abgegeben ist, daß die Auszahlung des Darlehns schon in einer früheren näher bezeichneten Frist erfolgt sei[17];

b. wenn der Schuldschein eine öffentliche Urkunde ist, und der instrumentirende Richter oder Notar bezeugt, daß die Auszahlung des Darlehns vor ihm erfolgt sei[18].

In anderen Fällen wenigstens vor Ablauf der zwei Jahre:

a. wenn der Aussteller den Empfang des Darlehns hinterher als geschehen anerkennt, sei es ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. durch Abschlagszahlungen, Zinszahlungen)[19];

b. wenn er auf die quer. n. n. p. verzichtet.

---

[5] l. 14. § 1. C. de non num. pec. 4, 30. — [6] l. 3. C. de dote cauta 5, 15. — [7] l. 14. pr. C. de non. num. pec. 4, 30. — [8] l. 4. l. 8. l. 14. pr. C. de non n. p. 4, 30. — [9] l. 7. C. de n. n. p. 4, 30; l. 3. C. de post. 2, 6; l. 4. C. de cond. ex. leg. 4, 9. — [10] l. 9. l. 14. pr. § 4. C. de n. n. p. 4, 30. — [11] l. 14. § 4. C. de n. n. pec. 4, 30. — [12] l. 1. l. 3. l. 10. l. 14. C. de n. n. p. 4, 30; Nov. 18. c. 8. — [13] Nov. 18. c. 8. — [14] l. 8. l. 14. § 3. C. de n. n. p. 4, 30; § un. I. de lit. obl. 3, 22. — [15] § un. I. de lit. obl. 3, 22. — [16] Paraphr. Inst. ad § un. I. de lit. obl. 3, 22. — [17] l. 13. l. 5. C. de n. n. p. 4, 30. — [18] l. 14. § 1. C. de n. n. p. 4, 30. — [19] l. 4. C. de n. n. p. 4, 30.

II. Der sog. Anerkennungsvertrag. Bis in die neueste Zeit sah die gemeine Meinung in dem Schuldschein lediglich ein Beweismittel, nämlich ein außergerichtliches Geständniß; dasselbe verliert nach dieser Meinung durch einfachen Gegenbeweis seine Kraft, d. h. dadurch, daß der Aussteller des Schuldscheins die Unrichtigkeit des im Schuldschein anerkannten Rechtsverhältnisses nachweist; auch muß der Inhaber des Schuldscheins, wenn er klagt, das im Schuldschein anerkannte Rechtsverhältniß substantiiren d. h. die dasselbe begründenden Thatsachen anführen, so daß die Berufung auf eine cautio indiscreta zum Beweise der Klage nicht genügt. In der neuesten Zeit ist aber die Meinung aufgestellt worden, daß der Schuldschein nicht bloß ein Beweismittel sei, sondern daß er noch einen sog. Anerkennungsvertrag enthalte; über den Inhalt des Anerkennungsvertrags gehen die Ansichten auseinander: die Einen sehen darin ein abstractes Versprechen zur Leistung des nach dem Schuldschein geschuldeten Gegenstandes, Andere erklären ihn für das Versprechen des Ausstellers, die im Schuldschein bekannte Schuld nicht bestreiten zu wollen; nach beiden Auffassungen des Anerkennungsvertrags verliert der Schuldschein nicht schon durch einfachen Gegenbeweis seine Kraft, sondern erst durch den Beweis, daß der Aussteller des Schuldscheins aus entschuldbarem Irrthum resp. durch Betrug oder Drohungen veranlaßt (§ 51) gehandelt habe; ferner braucht der Inhaber des Schuldscheins, wenn er klagt, die im Schuldschein anerkannte Schuld nicht zu substantiiren, und es ist deshalb eine cautio indiscreta zum Beweise der Klage genügend. Die neue Meinung ist mit den Quellen des Römischen Rechts nicht vereinbar, sie erklären den Schuldschein für ein bloßes Beweismittel[20], allein da die neue Meinung zu einer strengeren Behandlung des Ausstellers des Schuldscheins führt und für eine solche in einem großartigen Verkehr ein unbestrittenes Bedürfniß vorhanden ist, so hat sie sich sowohl in der Theorie wie in der Praxis viel Anhänger erworben; namentlich erachtet eine weitverbreitete Praxis denjenigen Schuldschein, welcher auf Grund einer Abrechnung zwischen dem Aussteller und Empfänger des Schuldscheins ausgehändigt worden ist, für ein genügendes Klagfundament.

III. Das Einführungsgesetz zur Reichscivilproceßordnung § 17 bestimmt, daß die Beweiskraft eines Schuldscheins (oder einer Quittung) nicht an den Ablauf einer Frist gebunden ist. Hierdurch ist die querela non numeratae pecuniae beseitigt, und der Aussteller des Schuldscheins kann fortan die Behauptung, daß er das Darlehn nicht empfangen, nur dann mit Erfolg aufstellen, wenn er sich zum Beweise derselben erbietet. Aber auch die Römischen Grundsätze über die erhöhte Beweiskraft des Schuldscheins nach Ablauf der zweijährigen Frist sind, wiewohl das Einführungsgesetz zur Reichscivilproceßordnung ihrer nicht gedenkt, weggefallen; denn sie sind die bloße Kehrseite der (nun beseitigten) Querel.

---

[20] l. 26. § 2. D. dep. 16, 3; l. 5. l. 6. C. si cert. 4, 2; l. 6. C. de comp. 4, 31; cf. l. 19. § 1. D. de acc. 46, 4; l. 6. l. 13. C. de sol. 8, 43; ferner die Stellen in N. 3. 4.

VI. Einfluß des Concurses auf das Recht des Gläubigers.

A. § 232. Im Allgemeinen.

Fuchs, der deutsche Concursproceß. 1877. — Vangerow, § 592.

Nicht das Recht des Gläubigers auf Erfüllung der Obligation, sondern die factische Durchführung seines Rechts erleidet eine Modification, wenn wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners über dessen Vermögen der Concurs eröffnet ist; für die Zahlungsunfähigkeit spricht, wenn Zahlungseinstellung vorhanden ist, eine praesumtio iuris et de iure [1a]. Der Concurs ist ein besonderes gerichtliches Verfahren (sog. processus cridae, Gantproceß, Concursproceß), um das unzureichende Vermögen des Gemeinschuldners (decoctor, Cridar) unter die Gläubiger nach Verhältniß ihrer Ansprüche zu vertheilen. Er wird nicht von Amtswegen eröffnet, sondern entweder auf Antrag [1] eines Gläubigers oder (seit der lex Iulia de cessione bonorum) des Gemeinschuldners; bei den Römern geschah die Concurseröffnung in der Weise, daß die Gläubiger vom Magistrat eine missio in bona decoctoris [2] erhielten. Bis zur Concurseröffnung kann jeder Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners seinen Anspruch ohne Rücksicht auf die anderen Gläubiger des Schuldners verfolgen [3]; die Concurseröffnung aber bewirkt, daß die Prüfung und Befriedigung sämmtlicher Forderungen an den Gemeinschuldner in einem Gesammtverfahren geschieht [4]. Nur diejenigen Gläubiger, welche in diesem Verfahren ihre Forderungen anmelden, werden aus der Concursmasse befriedigt; rechtzeitige Anmeldung ist nach der Reichsconcursordnung §§ 130. 140. 143 nicht erforderlich (wie früher); wer jedoch die Anmeldung völlig unterläßt, wird bei der Vertheilung der Concursmasse nicht berücksichtigt, behält aber im Uebrigen seine Forderung an den Schuldner [5]. — Zwei Fragen bedürfen einer besonderen Erörterung: 1) wer ist Concursgläubiger? 2) in welcher Reihenfolge werden die Concursgläubiger befriedigt?

B. § 233. Wer ist Concursgläubiger?

Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. § 22. 1878. — Vangerow, § 593.

I. Bisheriges Gemeines Recht. Concursgläubiger ist Jeder, welcher im Augenblick der Concurseröffnung eine persönliche Forderung an den Gemeinschuldner hat. Nicht also gehören zu den Concursgläubigern

1. die sog. Vindicanten oder die Separatisten ex iure dominii, d. h. Diejenigen, welche mit einer actio in rem (rei vindicatio, confessoria, hereditatis petitio u. s. w.) die Herausgabe einer in der Concursmasse befindlichen Sache verlangen; denn es muß Alles, was und soweit es dem Vermögen des Cridars fremd ist, aus demselben ausgeschieden werden. Doch stehen den Vindicanten zuweilen einfache Gläubiger gleich, nämlich

a. diejenigen, welche mit einer a. in rem scripta (z. B. a. quod metus, de pauperie) die Herausgabe einer in der Concursmasse befind-

---

[1a] Reichsconcursordnung § 94. — [1] Siehe jetzt die Reichsconcursordnung § 95. [2] l. 12. pr. l. 15. pr. D. de reb. auct. jud. 42, 5. — [3] l. 6. § 7. l. 10. § 16. l. 24. D. quae in fr. 42, 8. — [4] l. 6. § 7. D. quae in fr. cr. 42, 8. — [5] Reichsconcursordnung § 152.

lichen Sache verlangen; denn die a. in rem scripta, wiewohl aus einer Obligation entspringend, hat alle Wirkungen einer a. in rem (§ 80 N. 7. 8);

b. die sog. Separatisten ex iure crediti, d. h. solche, die nach strengem Recht zu den Concursgläubigern gehören, die aber aus Billigkeitsgründen befugt sind, einen Theil der Concursmasse abzusondern, um daraus in einem besonderen Verfahren (dem sog. Particularconcurs) ausschließlich sich zu befriedigen. Die hieher gehörigen Fälle des Römischen Rechts sind: α) die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer können, indem sie von dem benef. separationis Gebrauch machen, die Erbschaft aus dem Vermögen des Erben, über welches Concurs eröffnet ist, absondern (§ 427 unter I. 3); β) die Gläubiger einer gewaltunterworfenen Person, welche mit ihrem Peculium ein Handelsgeschäft betreibt, können das Handelsgeschäft aus dem Vermögen des Gewalthabers, über welches Concurs eröffnet ist, absondern; hat die gewaltunterworfene Person mehrere Handelsniederlassungen betrieben, so können die Gläubiger der einzelnen Handelsgeschäfte die Separation derselben verlangen [1]; γ) Diejenigen, welche einem mit einem pec. castrense versehenen Haussohn creditiren, haben ein Separationsrecht gegenüber Denjenigen, die in früherer Zeit seine Gläubiger geworden sind [2].

Auf der anderen Seite wurden die Pfandgläubiger, welche nach Römischem Recht bezüglich der Pfänder gleichfalls zu den Vindicanten gehörten, durch die Praxis zu den Concursgläubigern gestellt.

2. Die Massegläubiger, d. h. diejenigen, welche nach eröffnetem Concurse an die Gläubigerschaft als solche eine Forderung erwerben; sie werden vor allen Concursgläubigern befriedigt. Es gehören hierher Forderungen aus noch nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen des Cridars, in welche die Gläubigerschaft eingetreten ist, ferner Forderungen aus Obligationen, welche im Interesse der Masse eingegangen werden, namentlich die Forderung des Concursgerichts hinsichtlich der Concurskosten [3].

II. Vorschriften der Reichsconcursordnung. Die Reichsconcursordnung bekennt sich im Allgemeinen zu denselben Grundsätzen wie das bisherige Gemeine Recht, modificirt aber dieselben in vielen Stücken. Sie unterscheidet von den Concursgläubigern die Aussonderungsberechtigten, die Absonderungsberechtigten und die Massegläubiger:

1. Concursgläubiger sind diejenigen, welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens einen persönlichen Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben [4]. Dieser Begriff stimmt mit dem bisherigen überein.

2. Aussonderungsberechtigte sind diejenigen, welche auf Grund eines ihnen zustehenden dinglichen oder persönlichen Rechts einen dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand aus der Masse ausscheiden können [5]. Es sind dies die bisherigen Separatisten ex iure dominii und die ihnen gleichstehenden Inhaber einer act. in rem scripta; die Reichsconcursordnung § 36 stellt ihnen gleich den Verkäufer oder Einkaufscommissionär bezüglich der Waaren,

[1] l. 5. §§ 15. 16. D. de trib. act. 14, 1. — [2] l. 1. § 9. D. de separ. 42, 6. — [3] l. 8. i. f. D. dep. 16, 3. — [4] Reichsconcursordnung § 2. — [5] Rco. § 35.

welche sie von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet, aber nicht vollständig bezahlt erhalten haben, sofern nicht die Waaren schon vor der Eröffnung des Concurses in die Gewahrsam des Gemeinschuldners (oder seines Stellvertreters) gelangt sind. — Die Aussonderungsberechtigten nehmen am Concursverfahren keinen Antheil, sie machen ihr Recht gegen den Concursverwalter unabhängig vom Concurse geltend.

3. Absonderungsberechtigte[6] sind a) die Gläubiger, welche an Immobilien ein dingliches (Hypothek, es genügt auch eine Legalhypothek) oder ein sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung haben (z. B. der Staat wegen der Grundsteuer, der Deichverband wegen der Deichabgaben), b) Faustpfandgläubiger an Mobilien und Incorporalien, c) die sog. Quasifaustpfandgläubiger d. h. eine Reihe von Personen, welche an Mobilien theils ein gesetzliches Pfandrecht theils ein Retentionsrecht haben, und deshalb von der Reichsconcursordnung § 41 den Faustpfandgläubigern gleichgestellt worden sind, d) Erbschaftgläubiger und Vermächtnißnehmer in dem oben I. 1. b dargestellten Falle, e) der Gemeinschafter des Gemeinschuldners (Miteigenthümer, Gesellschafter) an dem Antheile des letzteren wegen der aus der Gemeinschaft entspringenden Forderungen, f) die Lehens-, Stammgut- und Familienfideicommißgläubiger hinsichtlich dieser Güter. — Die Aufzählung ergiebt, daß die Absonderungsberechtigten den bisherigen Separatisten ex iure crediti entsprechen — nur sind die bisherigen gemeinrechtlichen Fälle theils erweitert theils beseitigt. — Absonderungsberechtigte nehmen am Concursverfahren keinen Theil; sie machen ihre Forderung und ihren Anspruch auf abgesonderte Befriedigung gegenüber dem Concursverwalter so geltend, wie wenn über das Vermögen des Gemeinschuldners kein Concurs eröffnet wäre, und es wird demgemäß nicht mehr ein Particularconcurs eröffnet. Bleibt bei dem Verkauf der abgesonderten Gegenstände ein Ueberschuß, so fließt er zur Concursmasse; bleibt beim Verkauf der Erlös hinter der Forderung des absondernden Gläubigers zurück, so kann der letztere die ausgefallene Summe, wenn der Gemeinschuldner dafür persönlich haftet, zur Concursmasse geltend machen[7].

4. Massegläubiger[8]. Sie zerfallen in Massekosten und Masseschulden:

a. Massekosten sind die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren, ferner die Ausgaben für Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse, endlich die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung.

b. Masseschulden sind die Ansprüche aus Geschäften oder Handlungen des Concursverwalters, ferner die Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, deren Erfüllung bisher noch von keiner Seite erfolgt ist, und in welche die Concursmasse eingetreten ist, endlich die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse.

Die Massegläubiger nehmen am Concurse keinen Antheil, und im Falle eines Streites entscheidet nicht das Concursgericht über ihre Ansprüche sondern das gewöhnliche Proceßgericht; sie werden aus der Brutto-Concursmasse befriedigt, die Concursgläubiger hingegen aus der Netto-Concurs-

[6] Rco. §§ 39—45. — [7] Rco. § 57. — [8] Rco. §§ 51. 52.

masse. Sobald die Concursmasse nicht für alle Massegläubiger ausreicht, werden zuerst die Masseschulden, dann die Massekosten berichtigt[9].

C. § 234. In welcher Reihenfolge werden die Concursgläubiger befriedigt?

Vangerow, § 594.

I. Römisches Recht. Die Concursgläubiger werden nach Römischem Recht in zwei Klassen getheilt. Die erste Classe bilden diejenigen Gläubiger, welchen vom Gesetz ein Vorzugsrecht (privilegium exigendi) eingeräumt worden ist[1]. Die zweite Klasse alle übrigen. Innerhalb einer jeden Classe stehen die einzelnen Forderungen in der Regel einander gleich[2]; ausnahmsweise genießen einige in der ersten Classe (unten 1. a. d. 2. a. e?) einen Vorzug vor anderen. Die Vorzugsrechte sind theils höchst persönlich (privilegia exigendi personae), theils vererblich (priv. exig. causae).

1. Höchstpersönliche Vorzugsrechte haben: a) der Fiscus[3] außer hinsichtlich seiner Strafforderungen; ob aber diese Strafforderungen mit den nicht privilegirten Gläubigern concurriren oder ihnen allen nachgesetzt werden, darüber besteht in den Quellen eine Antinomie[4]; die letztere Ansicht ist billigenswerther, denn nach der ersteren trifft die Strafe nicht den Gemeinschuldner, sondern die Gläubiger; b) der Regent und seine Gemahlin[5]; c) die Städte[6], welchen Viele die Kirchen gleichstellen wollen; d) die Ehefrau (die wahre und die putative) und ihre Kinder sowie die Braut wegen der Dotalforderung[7]; e) Bevormundete wegen der Vormundschaftsforderung gegen die Vormünder, Protutoren, auch gegen Diejenigen, welche sich aus Freundschaft ihrer Angelegenheiten annehmen[8]. — Den meisten dieser Personen ward in der späteren Kaiserzeit ein Generallegalpfandrecht verliehen (§ 190), und insofern wurde das Concursprivilegium überflüssig.

2. Vererbliche Vorzugsrechte sind an folgende Forderungen geknüpft: a) an die Kosten der Beerdigung sei es des Gemeinschuldners, sei es einer anderen Person, welche der Gemeinschuldner beerdigen lassen mußte[9]; b) an das Gelddarlehn, welches zum Wiederaufbau eines Gebäudes vorgeschossen worden ist[10]; c) an die Forderung eines Socius wegen verhältnißmäßigen Ersatzes der Reparaturkosten eines gemeinschaftlichen Gebäudes[11]; d) an das Darlehn zum Zweck des Ankaufs, der Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffes, sowie an die Forderung des Verkäufers eines Schiffes, welcher das Kaufgeld creditirt hat[12]; e) an die Forderung des Deponenten wegen des bei dem Argentarius unver-

[9] Rco. § 53.

[1] t. D.: de reb. auct. jud. poss. 42, 5; t. C.: de bonis auct. jud. poss. 7, 72. — [2] l. 32. D. h. t. 42, 5; l. 6. C. h. t. 7, 72. — [3] l. 10. pr. D. de pact. 2, 14; l. 34. D. h. t. 42, 5; l. 6. pr. D. de jure fisci 49, 14; Pauli sent. rec. 5, 12. § 10. — [4] Vgl. einerseits l. 17. D. de jure f. 49, 14; l. un. C. poen. fisc. 10, 7; andererseits l. 37. D. de jure f. 49, 14. — [5] l. 6. § 1. D. de jure f. 49, 14. — [6] l. 38. § 1. D. h. t. 42, 5. — [7] l. 17. § 1. l. 18. l. 19. pr. D. h. t. 42, 5; l. un. C. de priv. dot. 7, 74; l. 9. C. de j. d. 5, 12; l. 12. pr. C. qui pot. 8, 18. — [8] l. 19. § 1.—l. 23. D. h. t. 42, 5; l. 42. l. 44. § 1. D. de adm. tut. 26, 7. — [9] l. 17. pr. D. h. t. 42, 5; l. 45. D. de rel. 11, 7. — [10] l. 24. § 1. D. h. t. 42, 5; l. 25. D. de reb. cred. 12, 1. — [11] l. 52. § 10. D. pro soc. 17, 2. — [12] l. 26. l. 34. D. h. t. 42, 5.

zinslich niedergelegten Geldes (was die Praxis auf jedes Depositum ausdehnte); es besteht in den Quellen darüber eine Antinomie, ob sie den übrigen privilegirten Forderungen vorgezogen oder nachgesetzt werden soll [13], und die mannigfachen Versuche, die Antinomie zu beseitigen, haben keine allgemeine Zustimmung erlangt.

II. Die Praxis. Die Praxis führte mehrere Aenderungen des Römischen Rechts ein: 1) sie nahm (wie schon § 233 erwähnt) den Pfandgläubigern die Stellung als Vindicanten und stellte sie zu den Concursgläubigern; 2) sie führte einige neue Vorzugsrechte ein: für die Kosten der letzten Krankheit, für den Gesinde- oder Lidlohn (gestützt auf 5. Buch Mosis Cap. 24 V. 14. 15), für das Depositum (oben I. 2. e); 3) sie gab einigen privilegirten Forderungen (was Einige von den Leichenkosten schon für das Römische Recht behaupten) [14] eine bevorzugte Stellung selbst vor den Pfandgläubigern: den Begräbniß- und Krankheitskosten, dem Gesindelohn, den rückständigen öffentlichen Abgaben; dieselben heißen absolut privilegirte Forderungen. — In Folge dessen zerfielen die Concursgläubiger nach der Praxis in fünf Classen:

Erste Classe: die absolut privilegirten Gläubiger;
Zweite Classe: die privilegirten Pfandgläubiger (§ 205);
Dritte Classe: die einfachen Pfandgläubiger;
Vierte Classe: die privilegirten Gläubiger;
Fünfte Classe: die einfachen Gläubiger.

Uebrigens werden die nicht mit einem Pfandrecht versehenen Concursgläubiger (4. und 5. Classe) in den Quellen [15] cred. chirographarii, heut chirographarische Gläubiger genannt — als ob sie alle einen Schuldschein in Händen hätten.

III. Vorschriften der Reichsconcursordnung § 54 ff. Die Reichsconcursordnung hat sowohl das Römische Recht als die durch die Praxis aufgestellten Grundsätze bedeutend abgeändert. Gegenüber der bisherigen Praxis hat sie fast alle Pfandgläubiger aus dem Concursverfahren ausgeschieden und für absonderungsberechtigt erklärt (§ 233 unter II. 3); gegenüber dem Römischen Recht hat sie eine große Anzahl von privilegia exigendi beseitigt, und nur wenige davon bestehen lassen. Demgemäß zerfallen die Concursforderungen in zwei Classen: in die bevorzugten und in die nicht bevorzugten.

Erste Classe. Bevorzugte Forderungen sind folgende: a. die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Concursverfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Forderungen an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauerndem Dienste verdungen hatten; b. die Forderungen der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden, sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, welche im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind; c. die Forderungen

[13] Vgl. einerseits l. 7. §§ 2. 3. l. 8. D. dep. 16, 3; andererseits l. 24. § 2. D. h. t. 42, 5. — [14] Paul. sent. rec. I. 21. § 15; l. 14. § 1. l. 45. D. de rel. 11, 7. [15] l. 38. § 1. D. h. t. 42, 5; l. 4. C. h. t. 7, 72.

der Kirchen und Schulen, der öffentlichen Verbände und der öffentlichen, zur Annahme der Versicherung verpflichteten Feuer-Versicherungs-Anstalten wegen der nach Gesetz oder Verfassung zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Concursverfahrens; d. die Forderungen der Aerzte, Wundärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Concursverfahrens, insoweit der Betrag der Forderungen den Betrag der taxmäßigen Gebührnisse nicht übersteigt; e. die Forderungen der Kinder und der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens; das Vorrecht steht ihnen nicht zu, wenn die Forderung nicht binnen zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Concursverfahrens verfolgt worden ist. — Die einzelnen Forderungen rangiren unter einander in der Reihenfolge ihrer Aufzählung, mehrere unter derselben Zahl aufgeführte Forderungen werden, wenn die Concursmasse nicht zureicht, nach Verhältniß ihrer Beträge berichtigt.

Zweite Classe. Hieher gehören alle nicht bevorzugten Forderungen; sie werden, da die Concursmasse zu ihrer völligen Tilgung nicht zureicht, nach Verhältniß ihrer Beträge berichtigt.

Folgende Forderungen können nach der Reichsconcursordnung § 58 im Concursverfahren überhaupt nicht geltend gemacht werden: a. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen; b. die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme an dem Verfahren erwachsen; c. Geldstrafen; d. Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen.

D. § 235. Das Anfechtungsrecht der Concursgläubiger bezüglich der Handlungen des Gemeinschuldners.

Reinhardt, die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger. 1871. — Zürcher, die act. Pauliana nach Gemeinem Recht und den neueren Codificationen. 1872. — Schönemann, die Paulianische Klage gegen Veräußerungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger. 1872. — Hasenbalg, zur Lehre von der act. Pauliana. 1874. — Fischer, Anwendbarkeit der act. Paul. auf Zahlungshingabe an Zahlungsstatt und Pfand. 1875. — Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. §§ 9. 38. 1878. — t. D. XLII, 8: quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur. — t. C. VII, 75: de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt. — Vangerow, § 697.

I. Einleitung. Abgesehen von der Befugniß zu Zahlungen[1] behält der Gemeinschuldner nach Römischem Recht trotz der Concurseröffnung das Verfügungsrecht über sein Vermögen; vor wie nach der Concurseröffnung besteht demnach die Gefahr, daß der Gemeinschuldner jenes Recht zum Nachtheil der Gläubiger mißbrauche. Diese Gefahr besteht heutzutage nur noch in der Zeit vor der Concurseröffnung, da durch dieselbe nach heutigem Recht der Gemeinschuldner zwar nicht handlungsunfähig wird, aber doch das Verfügungsrecht über das im Moment der Concurseröffnung ihm gehörige Vermögen verliert.[1a]. Es ist eine dringende

[1] l. 6. § 7. l. 10. § 16. D. h. t. 42, 8. — [1a] Reichsconcursordnung §§ 5. 6. 7.

Anforderung der Billigkeit, daß die Gläubiger gegen jenen Mißbrauch geschützt werden, und es geschah dies durch das prätorische Edict, in welchem zu diesem Zweck mehrere, wie es scheint, materiell unter einander verschiedene Rechtsmittel aufgestellt waren. Die herrschende Meinung nimmt zwei Rechtsmittel dieser Art an: Die actio Pauliana [2] und das interdictum fraudatorium [3]; einige Romanisten behaupten außerdem die Existenz einer actio in factum [4] und einer rescissoria in rem actio [5] (vgl. § 108 Note 2). Die Grundsätze der einzelnen Rechtsmittel und ihre Verschiedenheiten unter einander lassen sich nicht mit Sicherheit angeben; die nachfolgende Darstellung wird daher die Befugnisse der Gläubiger ohne Rücksicht auf das Rechtsmittel, mit welchem sie durchzuführen sind, auseinandersetzen.

II. Das Römische Recht. Das Princip in dieser Materie ist: Jede Rechtshandlung vor der Concurseröffnung, durch welche der Gemeinschuldner sein Vermögen in der Absicht mindert, seine Gläubiger zu benachtheiligen, kann, wenn sie den Gläubigern in der That nachtheilig wird, von denselben angefochten werden, in der Regel jedoch nur dann, wenn derjenige, zu dessen Gunsten der Gemeinschuldner sein Vermögen gemindert, die Absicht des letzteren gekannt hat. Die Bedingungen des Anfechtungsrechts sind demnach:

1. Daß der Gemeinschuldner sein Vermögen vor der Concurseröffnung vermindert habe, und zwar gleichviel ob dando, obligando, liberando [6] (§ 68), gleichviel ferner ob durch eine positive Rechtshandlung oder eine Unterlassung (z. B. Nichtunterbrechung der Verjährung) [7]; die Ausschlagung eines dem Gemeinschuldner angetragenen Erwerbs (z. B. einer Erbschaft) ist keine Verminderung des Vermögens [8]; nur der Fiscus hat die Befugniß auch diese anzufechten [9].

2. Daß der Gemeinschuldner die Vermögensverminderung in fraudem creditorum herbeiführte, d. h. in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen [10], und daß der Erwerber um diese Absicht wußte [11]; nur bei einem lucrativen Geschäft ist das Anfechtungsrecht von dem Bewußtsein des Erwerbers unabhängig [12].

3. Daß die Gläubiger in der That durch die Rechtshandlung benachtheiligt sind, daher haben Diejenigen, welche erst nach jener Handlung Gläubiger des Gemeinschuldners geworden sind, kein Anfechtungsrecht [13].

Streitig ist es, ob die Bezahlung einer fälligen Schuld durch den Gemeinschuldner anfechtbar ist; nach einer früher sehr verbreiteten Meinung (der sog. Gratificationstheorie) sollte unterschieden werden, ob der Schuldner freiwillig (per gratificationem) oder auf Andringen des Gläubigers ge-

[2] l. 1. pr. D. h. t. 42, 8; l. 38. § 4. D. de us. 22, 1. — [3] l. 10. pr. D. h. t. 42, 8; l. 67. § 1. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 96. pr. D. de sol. 46, 3. — [4] l. 10. pr. i. f. D. h. t. 42, 8. — [5] § 6. I. de act. 4, 6. — [6] l. 1. pr. § 2. l. 2. l. 3. pr. l. 10. pr. § 13. l. 22. D. h. t. 42, 8; l. 1. l. 2. l. 3. l. 5. C. h. t. 7, 75. — [7] l. 3. §§ 1. 2. l. 4. l. 5. l. 17. pr. l. 18. D. h. t. 42, 8. — [8] l. 6. pr. §§ 1—5. D. h. t. 42, 8; l. 67. § 1. D. ad sct. treb. 36, 1. — [9] l. 45. pr. D. de jure f. 49, 14. — [10] l. 1. pr. l. 10. pr. l. 17. § 1. D. h. t. 42, 8. — [11] l. 6. §§ 8. 9. D. h. t. 42, 8. — [12] l. 6. §§ 11. 13. D. h. t. 42, 8; l. 5. C. h. t. 7, 75. — [13] l. 10. § 1. l. 15. l. 16. D. h. t. 42, 8.

zahlt hat, und in jenem Falle die Zahlung anfechtbar sein; nach einer zweiten Meinung sollte nicht bloß darauf gesehen werden, ob der Schuldner durch die Zahlung an Einen Gläubiger die übrigen hat benachtheiligen wollen, sondern zugleich darauf, ob der Gläubiger um diese Absicht gewußt hat; nach der dritten jetzt herrschenden Meinung ist die Zahlung niemals anfechtbar. Die dritte Ansicht ist (mit Ausnahme zweier Fälle)[14] die richtige, denn man kann einem Gläubiger nicht die Nichtausübung seines Rechts zumuthen, um Andere vor einem Verlust zu behüten[15]: creditor (heißt es in den Quellen) sibi vigilavit ...[16], ius civile vigilantibus scriptum est ...[17]. — Gleichfalls bestritten ist der Fall der Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld, indem diese nach Einigen ganz, nach Anderen bloß insofern anfechtbar ist, als der Gläubiger durch die vorzeitige Zahlung gewonnen hat (d. h. bezüglich des Interusurium, § 227 N. 7); die letztere Ansicht wird ausdrücklich in den Quellen bestätigt[18]. — Endlich bestritten ist der Fall der Hingabe an Zahlungsstatt (§ 225); sie muß, da die Annahme an Zahlungsstatt keineswegs eine bloße Ausübung der Rechte des Gläubigers enthält, für anfechtbar erachtet werden, vorausgesetzt, daß die oben unter 2. und 3. aufgeführten Bedingungen erfüllt sind; Quellenzeugnisse sind nicht vorhanden[19].

Anfechtungsberechtigt sind nach Römischem Recht Diejenigen, welche zur Zeit der schadenden Handlung bereits Gläubiger des Gemeinschuldners waren, spätere Gläubiger nur dann, wenn der Gemeinschuldner mit dem Gelde, das er von ihnen empfangen hatte, die älteren (anfechtungsberechtigten) Gläubiger befriedigt hat[20]. Als Vertreter der Gesammtheit der Gläubiger kann auch der Concurscurator die Anfechtungsklage anstellen[21]. — Es haftet der Erwerber, sofern er um die böse Absicht des Gemeinschuldners wußte und innerhalb eines Jahres (annus utilis) nach dem Vermögensverkauf[22] belangt wird, auf volle Herausgabe des Erworbenen nebst Zinsen und Früchten[23]; wenn aber eine dieser beiden Bedingungen fehlt, nur auf die Bereicherung[24]. Die Erben des Erwerbers haften nach Römischen Recht bloß auf die Bereicherung[25], nach der Praxis auf Höhe der Erbschaft. Auch der Gemeinschuldner selbst haftet[26] (natürlich pflegt er erst dann belangt zu werden, wenn er wieder zu Vermögen gekommen ist). Selbst Derjenige haftet (nach richtiger Meinung), an welchen der erste Erwerber weiter veräußert hat, vorausgesetzt nur, daß auch er um die betrügerische Absicht des Gemeinschuldners wußte[27]; denn dann ist er fautor delicti. Wer unbeschränkt haftet, kann für nothwendige Verwendungen Ersatz verlangen[28], und kann seine Gegenleistung, falls sie in

---

[14] l. 6. §§ 1. 2. D. de reb. auct. jud. 42, 5; l. 24. D. h. t. 42, 8; l. 18. § 10. l. 21. D. de jure f. 49, 14. — [15] l. 129. D. de r. j. 50, 17. — [16] l. 6. § 7. D. h. t. 42, 8. — [17] l. 24. i. f. D. h. t. 42, 8. — [18] l. 10. § 12. l. 17. § 2. D. h. t. 42, 8. — [19] Mit Unrecht führt man als solche an die l. 25. § 3. D. h. t. 42, 8. und l. 1. C. h. t. 7, 75. — [20] l. 10. § 1. l. 15. l. 16. D. h. t. 42, 8. — [21] l. 1. pr. D. h. t. 42, 8. — [22] l. 10. § 18. l. 6. § 14. D. h. t. 42, 8. — [23] l. 38. § 4. D. de us. 22, 1; l. 10. §§ 19—23. l. 14. pr. l. 17. pr. l. 25. §§ 4—6. D. h. t. 42, 8. — [24] l. 6. §§ 10. 11. 13. 14. l. 10. §§ 18. 24. l. 25. pr. D. h. t. 42, 8; l. 5. C. h. t. 7, 75. — [25] l. 10. § 25. l. 11. D. h. t. 42, 8. — [26] l. 1. pr. i. f. l. 10. § 24. l. 12. l. 25. § 7. D. h. t. 42, 8. — [27] l. 9. D. h. t. 42, 8. — [28] l. 10. § 20. D. h. t. 42, 8.

der Concursmasse noch vorhanden, oder falls die Concursmasse um ihren Werth bereichert ist, zurückfordern [29].

III. Vorschriften der Reichsconcursordnung. Die Reichsconcursordnung läßt den Concursgläubigern einen viel weiterreichenden Schutz zu Theil werden als das Römische Recht; sie erklärt nicht bloß für anfechtbar

1. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht seine Gläubiger zu benachtheiligen vorgenommen hat [30] (oben II), sondern auch

2. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Concursgläubiger benachtheiligt werden, wenn dem anderen Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war; sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Concursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war [31];

3. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Concursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war [32];

4. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen, entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen, sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war [33];

5. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten [34];

6. die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern

[29] l. 7. l. 8. D. h. t. 42, 8. — [30] Reichsconcursordnung § 24 Nr. 1. — [31] Rco. § 23 Nr. 1. — [32] Rco. § 23 Nr. 2. — [33] Rco. § 24 Nr. 2. — [34] Rco. § 25 Nr. 1.

er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraum geschlossenen Vertrag verpflichtet war[35].

Das Anfechtungsrecht kann nur vom Verwalter ausgeübt werden[36]; die erfolgreich durchgeführte Anfechtung wirkt zu Gunsten aller Gläubiger. — Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre seit der Concurseröffnung[37]; später kann es auch nicht zum Zweck der Abforderung der Bereicherung ausgeübt werden. — Im Uebrigen bestätigt die Reichsconcursordnung die oben N. 22—29 entwickelten Grundsätze[38].

Zweiter Titel.

Das Einstehen des Schuldners für die Nichterfüllung und nicht gehörige Erfüllung.

I. § 236. Einstehen des Schuldners für eigene Schuld (Dolus und Culpa).

Hasse, die Culpa des Römischen Rechts, 2. Ausgabe von Bethmann-Hollweg. 1838. — F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 3. 1855. — Vangerow, § 109.

Jeder Schuldner steht dafür ein, daß die Erfüllung nicht durch sein Verschulden (§ 71) ganz oder zum Theil unmöglich werde, entgegengesetzten Falles haftet er für die Leistung des Interesse (§ 243). Das Genauere ist Folgendes:

I. Für dolus (in faciendo und in non faciendo) haftet jeder Schuldner, ebenso für culpa lata und c. in concreto, weil diese dem Dolus gleich behandelt werden. Verträge, wodurch das Gegentheil verabredet wird, sind ungiltig, weil unsittlich[1]; dagegen gilt der Vertrag, worin ein bereits begangener Dolus (c. lata und in concr.) verziehen und die desfallsige Schadenforderung dem Schuldner erlassen wird; denn er ist nicht unsittlich[2].

II. Für c. levis in faciendo haftet jeder Schuldner, sofern sie eine Sachbeschädigung enthält, also aquilisch ist[3] (§ 71 N. 16). Jede andere culpa levis wird von beiden Theilen präſtirt, wenn die Obligation im beiderseitigen Interesse eingegangen ist[4], von einem Theil allein, wenn bloß dieser ein Interesse an der Obligation hat[5]. Diese Regel erleidet folgende Ausnahmen:

1. Verminderte Haftung.

a. Haftung für c. in concreto. Gewisse Personen, in deren beiderseitigem Interesse die Obligation besteht, haften zwar für c. levis[6],

---

[35] Rco. § 25 Nr. 2. — [36] Rco. § 29. — [37] Rco. § 34. — [38] Rco. § 30—§ 33.

[1] l. 23. D. de r. j. 50, 17; l. 27. § 3. D. de pact. 2, 14; l. 17. pr. D. comm. 13, 6; l. 1. § 7. D. dep. 16, 3; l. 6. § 9. D. de a. e. v. 19, 1; l. 18. § 3. D. de don. 39, 5. — [2] l. 27. § 4. D. de pact. 2, 14; cf. l. 14. § 9. D. de aed. ed. 21, 1. — [3] l. 18. § 1. D. comm. 13, 6; l. 10. pr. D. comm. div. 10, 3. — [4] l. 108. § 12. D. de leg. 1. (30); l. 5. § 1. l. 18. pr. D. comm. 13, 6; l. 31. i. f. D. loc. 19, 2; Coll. l. Mos. et Rom. 10, 2. §§ 1—3. — [5] l. 5. § 2. i. f. D. comm. 13, 6; l. 17. § 2. D. praescr. verb. 19, 5; l. 91. pr. D. de verb. obl. 45, 1. — [6] l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; Coll. l. Mos. et Rom. 10, 2; § 2.

allein es ist ihnen der Nachweis verstattet, daß sie in eigenen Angelegenheiten eine geringere Sorgfalt zu beobachten pflegen, und sie haften dann nur, wenn sie diese verletzen. Hieher gehört der vertragsmäßige Gesellschafter (quia, qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet)[7], Diejenigen, welche in einer zufälligen Gemeinschaft stehen (nam hos coniunxit non consensus sed res)[8], der Ehemann rücksichtlich der Dos und Paraphernа[9], gewiß aus gleichem Grunde wie der Gesellschafter.

b. Haftung für c. lata. Gewisse Personen, in deren Interesse die Obligation besteht, haften nur für c. lata; hieher gehört der Precarist[10] und der Agrimensor, mag er für seine Arbeit einen Lohn erhalten oder nicht[11].

2. Vermehrte Haftung, nämlich Haftung für c. levis tritt ein

a. für Die, welche fremde Geschäfte führen, wenngleich sie nicht bezahlt werden und demnach kein Interesse an der Obligation haben; hieher gehört α) der Mandatar[12], β) der negotiorum gestor; doch steigert sich dessen Haftung bis zu Casus, wenn er Geschäfte wider die Gewohnheit des Herrn vornimmt[13]; sie ermäßigt sich hinwiederum bis zu c. lata, wenn er sich der Geschäftsführung unterzog, um voraussichtlichen Schaden abzuwenden[14]; γ) der Tutor[15], doch ist auch diesem der Nachweis wie oben 1 a gestattet[16];

b. für die, welche sich zu einem Geschäfte aufdrängen[17].

Abreden, durch welche die Prästation der c. levis erlassen resp. ausbedungen wird, während sie gesetzlich zu leisten resp. nicht zu leisten ist, sind durchweg gestattet[18]. Auch durch hinzutretenden Verzug des Gläubigers oder Schuldners werden die Grundsätze über c. levis geändert (§ 240 N. 23—29. § 241 N. 4. 5).

II. § 237. Einstehen des Schuldners für Custodia.

Wyß, Haftung für fremde Culpa. 1867. — Vangerow, § 105.

I. Begriff des Einstehens für Custodia. Von gewissen Schuldnern, welche körperliche Sachen in Händen haben, wird die Prästation von Custodia schlechthin verlangt (wohl zu unterscheiden von der custodia boni s. diligentis patrisfamilias), und es wird daraus gefolgert, daß sie für die Beschädigung der Sache sowie für den Diebstahl selbst dann haften, wenn sie sie nicht verschuldet haben[1]; nur für Zufall oder höhere Gewalt (wozu insbesondere auch der gewaltsame Diebstahl gehört) haften sie nicht[2].

---

[7] l. 72. D. pro soc. 17, 2. — [8] l. 25. § 16. D. fam. erc. 10, 2. — [9] l. 17. pr. D. de jur. dot. 23, 3; l. 11. C. de pact. conv. 5, 14. — [10] l. 8. § 3. D. prec. 43, 26. — [11] l. 1. pr. § 1. D. si mens. 11, 6. — [12] l. 11. l. 13. l. 21. C. mand. 4, 35; Modestin hielt an der Regel fest: Coll. l. Mos. et Rom. 10, 2. § 3. — [13] l. 11. D. neg. gest. 3, 5. — [14] l. 3. § 9. eod. — [15] Coll. l. Mos. et Rom. 10, 2. § 3. — [16] l. 1. pr. D. de tut. et rat. 27, 3. — [17] l. 1. § 35. D. dep. 16, 3; l. 53. § 3. D. de furt. 47, 2. — [18] l. 23. D. de r. j. 50, 17; l. 1. §§ 6. 10. 35. D. dep. 16, 3.

[1] l. 25. § 7. D. loc. 19, 2; l. 19. D. comm. 13, 6; l. 41. D. loc. 19, 2; l. 3. § 1. D. naut. 4, 9. — [2] l. 5. § 4. D. comm. 13, 6; l. 3. § 1. D. naut. 4, 9.

II. Die einzelnen Fälle. Für Custodia schlechthin kommen auf: 1) der Inhaber eines Speichers für die Sachen, welche er darin gegen Entgelt aufbewahrt[3]; 2) der Schiffer, Gast- und Stallwirth für die Sachen der Reisenden resp. der Befrachter[4]; 3) der Arbeiter, welcher eine cond. operis oder operarum eingegangen ist[5]; der conductor rei hingegen haftet nicht für Custodia schlechthin[6]; 4) der Commodatar[7]; 5) der Geschäftsführer ohne Auftrag[8], sowie überhaupt, wer sich zur Führung fremder Geschäfte drängt[9]; 6) ob der Faustpfandgläubiger für Custodia schlechthin haftet: darüber besteht in den Quellen eine Antinomie[10]. — Durch Vertrag können die Fälle der Haftung für Custodia vermehrt oder vermindert werden; eine solche Haftung übernimmt namentlich derjenige Schuldner einer Sache, welcher in einem Nebenvertrage mit seinem Gläubiger den Werth dieser Sache festsetzt (qui aestimatum aliquid accepit)[11].

Der im Obigen entwickelte Begriff der Haftung für custodia ist vom Verfasser dieses Lehrbuches aufgestellt (im Archiv für civilistische Praxis Bd. 52 S. 44—95). Der gemeinen Meinung ist dieser Begriff unbekannt. Zwar lehrt auch sie, daß nach dem prätorischen Edict de nautis, cauponibus, stabulariis Schiffer, Gast- und Stallwirthe für die Sachen der Reisenden und Befrachter unbedingt haften, es sei denn, daß diese Sachen durch Schuld der Reisenden resp. der Befrachter, durch fremde Gewaltthat oder durch reinen Zufall untergegangen oder beschädigt sind (oben Text zu Note 4). Allein sie erklärt diese Bestimmung des prätorischen Edicts für etwas ganz Anomales, und sie übersieht die vielen anderen Rechtsverhältnisse, in welchen der gleiche Rechtssatz gilt. In früheren Jahrhunderten übersah man diese Rechtsverhältnisse nicht, und um sie von denjenigen Obligationen zu unterscheiden, in denen der Schuldner für culpa levis haftet, stellte man einen dritten Grad der Culpa auf: die sog. culpa levissima. Das war freilich ein Irrthum; denn es gibt bloß zwei Grade der Culpa, und das Wesen der Haftung für custodia besteht gerade darin, daß der Schuldner selbst dann haftet, wenn er nicht in Culpa ist. Aber dieser Irrthum ist viel kleiner als der der heutigen gemeinen Meinung.

---

[3] l. 1. C. loc. 4, 65; Coll. l. Rom. et Mos. 10, 9; l. 19. D. comm. 13, 6; l. 40. l. 41. D. loc. 19, 2. — [4] l. 3. § 1. l. 4. pr. l. 5. D. nautae 4, 9; l. 14. § 17. D. de furt. 47, 2. — [5] l. 5. pr. D. nautae 4, 9; l. 12. pr. l. 14. § 17. l. 48. § 4. D. de furt. 47, 2; l. 13. § 5. l. 25. § 7. l. 62. D. loc. 19, 2. — [6] l. 11. pr. D. loc. 19, 2; l. 27. § 9. D. ad l. Aq. 9, 2; ungenau ist l. 28. C. loc. 4, 65. Einen Ausnahmefall s. in § 5. J. loc. 3, 24; Theoph. paraphr. 3, 24. § 5. — [7] l. 18. pr. l. 5. §§ 2—6. 9. 13. 15. D. comm. 13, 6; l. 14. §§ 10. 15. D. de furt. 47, 2; § 16. I. de obl. ex del. 4, 1; § 2. I. qu. m. re 3, 14; cf. l. 10. § 1. D. comm. 13, 6; l. 17. §§ 2. 4. D. praescr. v. 19, 5. — [8] § 1. I. de obl. quae quasi ex contr. 3, 27; Paul. sent. rec. 1, 4. § 1; cf. l. 47. §§ 5. 6. D. de leg. 1. (30). — [9] l. 53. § 3. D. de furt. 47. 2; cf. l. 1. § 35. D. dep. 16, 3. — [10] Zwischen § 4. I. qu. m. re 3, 14; l. 13. § 1. D. de pign. a. 13, 7; l. 19. C. de pign. a. 8, 14 einerseits und l. 14. l. 30. D. de pign. a. 13, 7 von Paulus andererseits. — [11] l. 52. § 3. D. pro soc. 17, 2.

III. § 238. Steht der Schuldner für den Zufall ein?

Fr. Mommsen, in dem bei § 208 citirten Werke. — Derselbe, Erörterungen aus dem Obligationenrecht. 1859. — Vangerow, § 591.

I. Für Zufall oder höhere Gewalt (casus, vis maior) steht der Schuldner selbstverständlich dann ein, wenn sie in Folge einer Culpa oder Mora des Schuldners eintretend einen Schaden herbeiführen [1] (sog. casus mixtus); es ist dies ein Einstehen nicht sowohl für den Zufall als für die vorangegangene Culpa resp. Mora. Für reinen Zufall steht der Schuldner (abgesehen von besonderer Abrede) nicht ein: casus a nullo praestantur [2]; daher wird durch den Zufall die Verpflichtung des Schuldners gemindert oder, wenn der Schuldgegenstand untergeht, aufgehoben [3]. Es ist jedoch zu bemerken, daß ein Zufall bei einer Obligation über Gattungssachen undenkbar ist [4] (daher die Regel der neueren: genus perire non censetur); deshalb wird der Schuldner einer Geldsumme nicht befreit, wenn das von ihm zur Erfüllung bestimmte Geld vor der Uebergabe an den Gläubiger durch Brandunglück verloren geht [5]. Ferner ist zu bemerken, daß zufällige Unmöglichkeit bei einer Alternativobligation erst dann eintritt, wenn alle alternativ geschuldeten Gegenstände nicht mehr existiren [6] (§ 208 Note 25. 26). Besondere Grundsätze gelten bei der Societät. Tritt der Zufall bei Gelegenheit der Geschäftsführung durch einen Gesellschafter ein, so ist der Schade von allen Gesellschaftern zu tragen, gleichviel ob die Sachen der Gesellschaft oder die des geschäftsführenden Gesellschafters untergehen resp. beschädigt werden [7]. Tritt der Zufall außerhalb der Geschäftsführung ein, so ist der Schade nur dann von allen Gesellschaftern zu tragen, wenn der Zufall die Sachen der Gesellschaft trifft; der einzelne Gesellschafter trägt ihn, wenn der Zufall Sachen trifft, welche jener versprochen, aber noch nicht geleistet hat [8], oder welche er zwar schon geleistet, aber nicht ins Eigenthum, sondern bloß zur Nutzung der Gesellschaft übertragen hat [9].

II. Wenn ein und dasselbe zufällige Ereigniß neben dem Schaden, welchen es veranlaßt, zugleich gewisse Vortheile hervorbringt, so gebühren diese dem Gläubiger oder dem Schuldner, je nachdem jener oder dieser den Schaden trägt: commodum eius esse debet, cuius est periculum [10]. Daher muß der Miteigenthümer einer Sache, der seinen Theil verkauft und in Folge eines Theilungsprocesses durch Adjudication das Eigenthum verliert, die vom anderen Miteigenthümer erhaltene Summe an den Käufer herausgeben [11]. Daher ferner gebühren die Klagen wegen

[1] l. 22. D. de neg. g. 3, 5; l. 5. § 4. l. 18. D. comm. 13, 6; l. 10. § 1. D. de l. Rhod. 14, 2. — [2] l. 23. D. i. f. de r. j. 50, 17. — [3] l. 5. § 4. D. comm. 13, 6; l. 3. D. de per. 18, 6; l. 1. § 4. D. de o. et a. 44, 7; l. 37. l. 51. D. de v. o. 45, 1; l. 107. D. de sol. 46, 3; §§ 2. 4. I. quibus mod. re obl. contr. 3, 14; § 5. I. de loc. 3, 24. — [4] l. 4. D. de jur. dot. 23, 3; l. 30. § 5. D. ad l. falc. 35, 2; l. 1. §§ 2. 4. D. de o. et a. 44, 7; § 2. I. qu. mod. re contr. obl. 3, 14. — [5] l. 11. C. si cert. pet. 4, 2. — [6] l. 2. § 3. D. de eo quod certo loco 13, 4; l. 10. i. f. l. 11. D. de j. d. 23, 3. — [7] l. 52. § 4. l. 58. § 1. l. 60. § 1. l. 61. D. pro soc. 17, 2. — [8] l. 58. § 1. i. f. D. pro soc. 17, 2. — [9] l. 58. pr. D. pro soc. 17, 2. — [10] l. 10. D. de r. j. 50, 17; § 3. I. de emt. 3, 23; l. 22. § 3. C. de furt. 8, 2; l. 13. § 1. D. comm. 13, 6. — [11] l. 7. § 13. D. comm. div. 10, 3; l. 13. § 17. D. de a. e. v. 19, 1.

Diebstahls oder Beschädigung der Sache dem Schuldner, wenn er dem Gläubiger dafür aufkommen muß[12]; entgegengesetzten Falles gebühren sie dem Gläubiger[13].

III. Die Regel: commodum eius esse debet, cuius est periculum wird in den Quellen mehrfach[14] so allgemein hingestellt, daß man bis in die neueste Zeit daraus den Grundsatz abgeleitet hat, es habe jeder Gläubiger auf die Früchte und Accessionen Anspruch, welche zwischen der Entstehung der Obligation und ihrer Erfüllung sich bilden, sowie auf die Hälfte des Schatzes, der inzwischen in dem Schuldgegenstande gefunden wird und dem Schuldner als Eigenthümer zufällt. Allein, wie neuerdings gezeigt worden ist, gilt dieser Grundsatz nur bei onerosen Obligationen[15]; bei anderen Obligationen gilt er nur insofern, als jene Vermehrungen Theile der Sache sind z. B. hängende Früchte, Alluvion eines Grundstücks[16]. Aber auch bei onerosen Obligationen hat der Gläubiger nur auf denjenigen Gewinn Anspruch, den die Sache unmittelbar gewährte (commodum ex re), nicht auf denjenigen, welchen der Schuldner sich zwar mittels der Sache, aber doch nur durch seine Thätigkeit verschaffte z. B. auf das commodum ex negotiatione; wenn daher der Verkäufer, bevor er gegenüber dem Käufer in Verzug geräth, die Sache einem Anderen verkauft, und nunmehr die Sache durch Zufall untergeht, so braucht er dem ersten Käufer den durch den zweiten Verkauf erzielten Kaufpreis nicht zu leisten[17], er behält vielmehr an jeden der Käufer seine Forderung auf den Kaufpreis. Ueber die Frage, ob der Käufer Anspruch auf den Miethzins habe, welchen der Verkäufer zwischen Abschließung und Erfüllung des Verkaufs erwirbt, scheint in den Quellen selbst eine Antinomie zu bestehen[18]; die wahrscheinlichste Lösung ist folgende: war der Kaufgegenstand zur Zeit des Kaufabschlusses schon vermiethet, so liegt in der Abrede, daß die Erfüllung hinausgeschoben werden solle, zugleich die Abrede, daß der inzwischen gezogene Miethzins dem Verkäufer verbleiben solle[19]; anders, wenn damals die Sache unvermiethet war, denn dann bestand ein stillschweigendes Einverständniß darüber, daß der Verkäufer nicht vermiethen sollte, und er muß deshalb, wenn er dennoch vermiethet, den gezogenen Miethzins dem Käufer leisten[20].

IV. § 239. Einstehen des Schuldners für Eviction, Fehler und Mängel.

Durch eine Reihe von Obligationen soll dem Gläubiger das immerwährende oder doch eine Zeit lang andauernde Haben von körperlichen

---

[12] l. 14. pr. §§ 6. 10. 15. 16. 17. D. de furt. 47, 2; l. 25. § 8. l. 60. § 2. D. loc. 19, 2; l. 12. D. de re jud. 42, 1; §§ 15—17. I. de obl. quae ex del. 4, 1. — [13] l. 35. § 4. D. de contr. emt. 18, 1; l. 13. § 12. D. de a. e. v. 19, 1; l. 11. §§ 8—10. D. quod vi 43, 24; l. 14. pr. D. de furt. 47, 2. — [14] S. die Stellen oben Note 10. — [15] l. 3. § 1. l. 13. §§ 13. 18. D. de a. e. v. 19, 1; l. 13. l. 16. C. eod. 4, 49; l. 7. per D. de per. 18, 6; l. 7. § 12. D. sol. matr. 24, 3. — [16] l. 23. D. de leg. 1. (30); l. 16. l. 26. D. de leg. 3. (32); l. 8. D. de usur. 22, 1. — [17] l. 21. D. de her. vend. 18, 4. — [18] Zwischen l. 13. § 11. und § 13. D. de a. e. v. 19, 1. — [19] l. 13. § 11. cit.; vgl. auch l. 13. § 18. D. i. f. eod. — [20] l. 13. § 13. cit.; vgl. l. 50. D. de jure fisci 49, 14; l. 49. § 1. D. de usufr. 7, 1.

oder von unkörperlichen Sachen verschafft werden; bei ersteren bald das Eigenthum, bald der Besitz, bald die Detention (Tausch — Kauf — Miethe von körperlichen Sachen); bei letzteren das Haben bald eines dinglichen, bald eines obligatorischen Rechts (z. B. Kauf einer Servitut, einer Forderung). Der Schuldner steht in der Regel in allen diesen Fällen, falls die Obligation nicht lucrativ ist[1], dafür ein,

a. daß der Schuldgegenstand nach der Leistung immerwährend resp. die festgesetzte Zeit hindurch dem Gläubiger verbleibe; entgegengesetzten Falles haftet der Schuldner in der Regel auf das Interesse;

b. daß der Schuldgegenstand nicht an Fehlern und Mängeln leide, welche das Haben oder den Gebrauch der Sache beeinträchtigen oder doch den im Vertrage festgesetzten Abreden zuwider sind; entgegengesetzten Falles haftet der Schuldner bald auf Aufhebung des Vertrages, bald auf den durch die Fehler und Mängel veranlaßten Minderwerth des Schuldgegenstandes, bald auf das Interesse.

Die einzelnen hierher gehörigen Fälle sind: 1) der Kauf[2]; 2) die Bestellung einer dos venditionis causa aestimata (§ 332)[3]; 3) der Tausch[4]; 4) die Theilung[5]; 5) der Vergleich bezüglich der Sache, welche als Abfindung geleistet worden ist[6]; 6) die Hingabe an Zahlungsstatt[7]; 7) die Bestellung eines Faustpfandes[8]; 8) die Vermiethung von Sachen[9]. Die römischen Juristen entwickelten jene doppelte Haftung des Schuldners vorzüglich beim Kauf[10] und übertrugen die daselbst aufgestellten Grundsätze auf die übrigen oben aufgezählten Obligationen. Daher empfiehlt es sich, die Vorschriften des Römischen Rechts über die vorliegenden beiden Materien erst in der Lehre vom Kauf darzustellen (§§ 288. 289).

V. § 240. Einstehen des Schuldners für Mora.

t. D. XXII, 1: de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. — v. Madai, die Lehre von der Mora. 1837. — Kniep, die Mora des Schuldners. 2 Bde. 1871. 1872. — Fr. Mommsen, in dem zu § 236 citirten Buche. — v. Waldberg, die mora debitoris in ihrer Beziehung zur Culpa. 1878. — Vangerow, § 588.

Der Umstand, daß der Schuldner die Obligation bei ihrer Fälligkeit nicht erfüllt hat, äußert auf seine Verpflichtung keinen Einfluß, es sei denn, daß durch besondere Bestimmung in einem Vertrage, Testament, Gesetz an die Nichterfüllung gewisse Folgen geknüpft sind (bei den Neueren objective Mora, Mora im weiteren Sinne); in einem Vertrag resp. Testament: z. B. es solle der Schuldner eine Strafe zahlen[1], es könne der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten (§ 286 a. E.); im Ge-

[1] Ueber die lucrative s. oben § 70 Text bei Note 14--16a. — [2] l. 11. § 2. D. de a. e. v. 19, 1; l. 60. D. de ev. 21, 2. — [3] l. 1. C. de jur. dot. 5, 12; l. 16. D. de jur. dot. 23, 3. — [4] l. 1. § 1. D. de rer. perm. 19, 4; l. 1. C. eod. 4, 64; l. 29. C. de ev. 8, 45; l. 19. § 5. D. de aed. ed. 21, 1; l. 2. D. de perm. 19, 4. — [5] l. 66. § 3. D. de ev. 21, 2; l. 10. § 2. D. de c. d. 10, 3. — [6] l. 33. C. de transact. 2, 4. — [7] l. 4. C. de ev. 8, 45; l. 24. pr. D. de pign. act. 13, 7. — [8] l. 9. pr. l. 32. l. 36. § 1. D. de pign. act. 13, 7. — [9] l. 9. pr. l. 8. l. 33. D. loc. 19, 2; l. 19. § 1. l. 15. § 1. D. eod.; l. 13. § 6. D. damn. inf. 39, 2. — [10] t. D. de aed. ed. 21, 1; t. D. de evict. 21, 2.

[1] l. 12. C. de contr. stip. 8, 38; l. 2?. D. de obl. et act. 44, 7.

setz ist in einigen Fällen dem Schuldner die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen auferlegt (§ 42). — Bedeutende Wirkungen aber treten dann ein, wenn der Schuldner in Verzug gesetzt ist (mora, oft: stat per debitorem quominus . . ., bei den Neueren: subjective Mora, M. im engeren Sinn, m. solvendi).

I. Voraussetzungen des Verzugs. Der Schuldner ist nicht schon dann im Verzuge 1) wenn die Schuld fällig, sondern erst 2) wenn der Schuldner gemahnt ist, und 3) wenn er an der Unterlassung der Erfüllung Schuld trägt.

1. Die Grundsätze über Fälligkeit s. in §§ 227. 228.

2. Es soll der Gläubiger, bevor er zur Klage greift, einen außergerichtlichen Weg beschreiten, um den Schuldner zur Zahlung in Güte zu bewegen; er soll ihn zur Zahlung auffordern, mahnen (interpellare)[2]. Wer keine klagbare Forderung hat, Dem fehlt das Recht zur Mahnung[3], er kann also den Schuldner nie in Mora versetzen. Die Mahnung muß geschehen an den Schuldner selbst oder an seinen Stellvertreter[4] (ein Sklave, ein Bedienter ist kein Stellvertreter seines Herrn)[5], zur rechten Zeit (d. h. nicht unzeitig, z. B. außerhalb der Geschäftsstunden, und nicht vorzeitig d. h. vor dem Verfalltage)[6], am rechten Ort[7]; im Uebrigen kann sie in jeder Form erfolgen. — Ausnahmsweise ist die Mahnung erlassen (lex interpellat pro homine, mora fit ex re): a. wenn die Mahnung durch Abwesenheit des Schuldners unmöglich ist[8]; b. wenn Jemand durch Delict (Diebstahl oder Gewalt) in den Besitz einer Sache gekommen ist: semper moram fur facere videtur[9]. Einige Juristen behaupten das Gleiche bei allen Forderungen des Fiscus, der Minderjährigen, sowie bei den Forderungen der Kirchen und milden Stiftungen aus Vermächtnissen, bei den Forderungen der Städte aus Vermächtnissen zur Errichtung von Bau- und Kunstwerken, bei der Forderung auf Erfüllung eines Dotalversprechens und auf Zurückgabe einer Dos. Allein in den Quellen wird bloß vorgeschrieben, daß in den aufgeführten Fällen der Schuldner bei nicht rechtzeitiger Zahlung zur Entrichtung von Zinsen gesetzlich verpflichtet sei (§ 42); nur bezüglich der Forderungen der Minderjährigen überwiegen die Stellen, welche an die nicht rechtzeitige Zahlung die sämmtlichen Folgen der Mora knüpfen[10]. — Sehr streitig ist in unserem Jahrhundert die Frage geworden, ob die Mahnung dann erlassen sei, wenn ein bestimmter Zahlungstermin bei Entstehung der Obligation festgesetzt wurde oder (wie man es gewöhnlich bezeichnet) ob dies

[2] l. 32. pr. D. h. t. 22, 1; l. 36. § 3. D. de leg. 1. (30); l. 24. D. quando dies 36, 2; l. 23. D. de verb. obl. 45, 1. — [3] l. 127. D. de verb. obl. 45, 1; l. 88. D. de r. j. 50, 17. — [4] l. 24. D. de v. o. 45, 1. — [5] l. 32. § 1. D. h. t. 22, 1. — [6] l. 49. § 3. D. de v. o. 45, 1. — [7] l. 32. pr. D. h. t. 22, 1. — [8] l. 23. § 1. D. h. t. 22, 1; l. 2. D. de naut. foen. 22, 2. — [9] l. 8. § 1. l. 20. D. de cond. furt. 13, 1; l. 7. C. de cond. ob. t. c. 4, 7; l. 1. § 35. l. 19. D. de vi 43, 16. — [10] Vgl. einerseits l. 3. § 2. D. de leg. ad. 34, 4; l. 26. § 1. D. de fid. lib. 40, 5; l. 3. C. in qu. c. in int. 2, 41; andererseits l. 87. § 1. D. de leg. 2. (31); l. 5. C. de a. e. v. 4, 49.

interpellat pro homine. Die Quellen[11] ergeben kein sicheres Resultat. Nach richtiger Meinung kommt es auf die Absicht der Parteien an; da sie die Folgen der nicht rechtzeitigen Erfüllung vertragsmäßig bestimmen können, so können sie auch verabreden, daß, wenn an einem bestimmten Tage nicht erfüllt wird, sofort und ohne Mahnung solche Folgen eintreten sollen, wie das Gesetz an den Verzug nach geschehener Mahnung knüpft; da nun bis unser Jahrhundert der Satz „dies interpellat pro homine“ von den Juristen mit verschwindenden Ausnahmen als Rechtsvorschrift gelehrt wurde, und da diese Lehre nicht ohne Einwirkung aufs Volk geblieben ist (§ 7 Text nach N. 5), so muß behauptet werden, daß im Zweifel in der Festsetzung eines Zahlungstermines zugleich der Erlaß der Mahnung enthalten ist.

3. Keine Schuld trägt der Schuldner an der Unterlassung der Erfüllung, wenn er aus entschuldbarem Irrthum[12] die Obligation selbst oder ihren Umfang oder die Zeit ihrer Fälligkeit nicht kennt[13], z. B. der Erbe hat sich noch nicht über die Erbschaft gehörig unterrichtet, der Bürge will erst bei dem Hauptschuldner Erkundigung einziehen, ob dieser die Erfüllung unterlassen habe[14]. — Keine Schuld trägt der Schuldner ferner, wenn er durch äußere Umstände an der Erfüllung gehindert war[15], z. B. er ist in Staatsdiensten abwesend oder gefangen[16], oder der Gläubiger ist abwesend[17]. Hiermit in Uebereinstimmung wird die Culpa in einer Stelle[18] ausdrücklich als Voraussetzung der Mora bezeichnet. Durch diese Quellenzeugnisse wird die Meinung vieler Juristen widerlegt, wonach die Mora ohne Culpa des Schuldners eintritt; sie sehen in jenen Entscheidungen nur billige Ausnahmen von dem (vermeintlich geltenden) entgegengesetzten Princip, während in ihnen vielmehr Anwendungen des richtigen Princips enthalten sind. Es ist sogar zu behaupten, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, wenn sie ohne seine Schuld eingetreten ist, die Mora abwendet — ausgenommen, wenn sie schon bei Eingehung der Obligation vorhanden war[19], denn dann ist der Schuldner schon deshalb in Schuld, weil er sich verpflichtet.

II. Wirkungen des Verzuges. Der säumige Schuldner muß 1. dem Gläubiger das Interesse (§ 243) ersetzen[20], zu welchem namentlich Zinsen[21] und Früchte[22] gehören; 2. er haftet fortan (selbst in denjenigen Fällen, in denen er bisher nur für culpa lata haftete) für culpa

---

[11] Dafür werden angeführt: l. 33. l. 114. l. 135. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 8. D. si quis caut. 2, 11; l. 40. D. de r. cr. 12, 1; l. 10. C. de a. e. v. 4, 49; l. 12. C. de contr. stip. 8, 38; l. 2. C. de jur. emph. 4, 66; c. 4. X. de loc. et cond. 3, 18; dagegen: l. 26. § 1. l. 53. pr. D. de fid. lib. 40, 5; l. 17. § 4. D. h. t.; l. 49. § 3. D. de v. o. 45, 1; l. 3. C. in qu. c. in int. 2, 41; l. 5. C. de a. e. v. 4, 49; l. 5. C. de p. i. e. 4, 54. — [12] l. 21. i. f. l. 22. D. h. t. 22, 1; l. 82. § 1. D. de v. 45, 1. — [13] l. 5. D. de r. cr. 12, 1; l. 63. l. 99. D. de r. j. 50, 17; l. 24. pr. D. h. t. 22, 1. — [14] l. 42. D. de r. j. 50, 17. — [15] l. 5. D. de r. cr. 12, 1. — [16] l. 23. pr. D. h. t. 22, 1. — [17] l. 17. § 3. D. h. t. 22, 1. — [18] l. 91. § 3. D. de v. o. 45, 1. — [19] Hiervon handelt l. 137. § 4. D. de v. o. 45, 1. — [20] l. 114. D. de v. o. 45, 1; l. 36. § 2. D. de usufr. 7, 1; l. 21. § 3. D. de a. e. v. 19, 1; l. 24. § 4. D. loc. 19, 2; l. 8. l. 14. pr. l. 38. D. h. t. 22, 1. — [21] l. 32. § 2. l. 34. l. 37. D. h. t.; l. 2. C. dep. 4, 34; l. 78. § 2. l. 87. § 1. D. de leg. 2. (31); R.D.A. v. 1600. § 139. — [22] l. 8. l. 38. § 15. l. 39. D. h. t. 22, 1; l. 26. D. de leg. 3. (32); l. 18. pr. D. ad sct. treb. 36, 1.

levis[23] sowie für Zufall, mag dadurch die Sache untergegangen[24] sein (daher die Regel: mora perpetuam facit obligationem)[25] oder verschlechtert[26] oder (durch Handelsconjuncturen) in ihrem Werthe gemindert[27]. Streitig ist, ob der Schuldner auch dann für den Zufall haftet, wenn dieser bei rechtzeitiger Erfüllung die Sache auch beim Gläubiger betroffen hätte. Das Richtige ist, daß hier (wie bei dem Zufall nach der Litiscontestation, § 95 Note 21—23) unter den römischen Juristen selbst eine Controverse[28] bestand. Der Natur der Sache entspricht die Verneinung der Frage: es kann der Gläubiger nicht wegen der Mora des Schuldners den Ersatz eines Verlustes fordern, den er auch ohne die Mora des Schuldners erlitten hätte. Nur dem Dieb ist zur Strafe die unbedingte Haftung für den Zufall auferlegt, er befreit sich von derselben erst durch Anbietung der Sache an den Bestohlenen[29]. 3. Bei gegenseitigen Verträgen kann der Gläubiger dann vom Vertrage zurücktreten, wenn die Annahme der verspäteten Leistung seinem Interesse zuwiderläuft, z. B. der Pächter eines Landguts dann, wenn ihm das letztere nicht zur rechten Zeit übergeben worden ist und er in Folge dessen ein anderes gepachtet hat[29a].

III. Aufhören des Verzugs. Der Verzug des Schuldners hört auf (mora purgatur), 1. wenn die Obligation durch Zahlung oder sonstwie aufhört[30]; 2. wenn der Gläubiger Stundung gewährt, sei es ausdrücklich[31] oder stillschweigend (wie namentlich durch bedingte Novation, auch wenn die Bedingung deficirt)[32]; 3. wenn der Schuldner dem Gläubiger die Leistung gehörig anbietet, — wozu gehört, daß er auch den Ersatz des Schadens anbietet, welcher aus dem Verzuge entstanden ist[33]; weist der Gläubiger das Angebotene zurück, so geräth er selbst in Mora.

Anhang.

§ 241. Die Mora des Gläubigers.

S. die Literatur bei § 240.

Auch für den Gläubiger entspringt aus der Obligation eine Pflicht; die Pflicht, die angebotene Leistung anzunehmen; daher ist ein Verzug auch beim Gläubiger denkbar (in den Quellen: mora, oft: stat per creditorem quominus . . ., bei den Neueren: mora accipiendi).

I. Voraussetzungen. Der Gläubiger kommt dann in

---

[23] l. 25. § 2. D. sol. matr. 24, 3. — [24] l. 5. D. de reb. cr. 12, 1; l. 25. § 2. D. sol. matr. 24, 3; l. 39. § 1. l. 108. § 11. D. de leg. 1. (30); l. 24. l. 82. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 31. pr. D. de nov. 46, 2; l. 3. C. de us. 6, 47. — [25] l. 24. § 2. D. h. t. 22, 1; l. 91. § 3. D. de v. o. 45, 1; l. 58. § 1. D. de fid. 46, 1. — [26] S. die Stellen in Note 24. — [27] l. 8. § 1. D. de cond. furt. 13, 1; l. 3. D. de cond. trit. 13, 3; l. 3. § 3. l. 21. § 3. D. de a. v. 19, 1; l. 37. D. mand. 17, 1. — [28] l. 14. § 1. D. dep. 16, 3; l. 47. § 6. D. de leg. 1. (30); cf. l. 14. § 11. D. qu. m. 4, 2; l. 12. § 4. D. ad exh. 10, 4. — [29] l. 8. pr. l. 16. l. 20. D. de cond. furt. 13, 1; l. 2. C. eod. 4, 8; l. 9. C. de furt. 6, 2. — [29a] l. 24. § 4. D. loc. 19, 2. — [30] l. 17. D. de cond. furt. 13, 1; l. 29. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 8. pr. D. de nov. 46, 2. — [31] l. 54. D. de pact. 2, 14. — [32] l. 14. pr. l. 31. pr. D. de nov. 46, 2; l. 72. §§ 1—3. D. de sol. 46, 3. — [33] l. 73. § 2. D. 91. § 3. D. de v. o. 45, 1; l. 72. §§ 1. 3. de sol. 46, 3; l. 17. de per. 18, 6; l. 51. pr. de a. e. v. 19, 1.

Verzug, wenn er die gehörig[1] (§§ 225. 229) angebotene Erfüllung nicht annimmt. Da nach den Grundsätzen über den Ort der Erfüllung der Schuldgegenstand bald vom Schuldner dem Gläubiger überbracht, bald vom Gläubiger abgeholt werden muß, so muß der Schuldner bei dem Anerbieten den Schuldgegenstand bald zur Hand haben, bald nicht: es ist (wie man früher sagte) bald Real- bald Verbaloblation nöthig. Das Anerbieten kann ganz unterbleiben, wenn es wegen Abwesenheit des Gläubigers vergeblich ist[2]. — Ob die Widerrechtlichkeit der Nichtannahme eine Culpa des Gläubigers voraussetzt, ist bestritten, und aus den Quellen kaum mit Sicherheit zu entscheiden[3]; aus Billigkeitsgründen ist es zu bejahen; man denke z. B. an den Fall, daß der Schuldner dem Gläubiger die Erfüllung in einem Augenblick anbietet, wo dessen Wohnhaus oder Geschäftslocal in Flammen steht.

II. Wirkungen. Der Verzug des Gläubigers darf dem Schuldner nicht zum Nachtheil gereichen. Daher haftet der Schuldner fortan nur für culpa lata, wenngleich er bisher für c. levis oder gar für custodia schlechthin aufkam[4]. Daher trifft den Gläubiger der Schaden, wenn bei einer Obligation über Gattungssachen sowie bei alternativen Obligationen derjenige Gegenstand, welchen der Schuldner angeboten, durch Zufall oder geringes Versehen des Schuldners untergegangen ist[5]. Daher braucht der Schuldner den Schuldgegenstand nicht aufzubewahren, wenn ihm die Aufbewahrung Geld[6] oder Raum[7] kosten würde, vielmehr kann er ihn gerichtlich deponiren, oder, wenn dies nicht angeht, wegwerfen, nachdem er es vorher dem Gläubiger angedroht; hat er ihn aufbewahrt, so muß ihm der Gläubiger allen Schaden ersetzen, z. B. das Miethgeld für die Fässer, in denen der Schuldner den Wein aufbewahrte[8], die Ernährungskosten eines Sklaven[9], die Lagergebühren.

III. Aufhebung. Die bei der mora solvendi dargelegten Aufhebungsgründe treffen in gleicher oder analoger Weise auch die mora accipiendi[10].

VI. § 242. Einstehen des Schuldners für die Leistung am rechten Orte.

Literatur s. bei § 229 und Cohn, die act. de eo quod certo loco. 1877.

I. Die Regel. Der Schuldner steht dafür ein, daß er am rechten Orte leiste, entgegengesetzten Falles haftet er für das sog. interesse loci. Das Interesse Loci kann sehr verschiedenen Inhalts sein. Zuweilen ist die Leistung am unrechten Ort soviel als Nichtleistung (z. B. es handelt sich um den Bau eines Hauses); dann kann der Gläubiger Wiederholung der Leistung am rechten Ort ver-

---

[1] l. 39. l. 122. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 41. § 1. D. de us. 22, 1. — [2] l. 6. C. de us. 4, 32. — [3] Vgl. einerseits l. 37. D. mand. 17, 1; l. 72. pr. D. de sol. 46, 3; andererseits l. 18. pr. D. de const. pec. 13, 5; l. 3. § 4. D. de a. e. v. 19, 1. — [4] l. 5. l. 17. D. de per. 18, 6; l. 9. D. sol. matr. 24, 3. — [5] l. 84. § 3. D. de leg. 1. (30); l. 6. D. de dol. exc. 44, 4; l. 72. pr. D. de sol. 46, 3; l. 105. D. de v. o. 45, 1. — [6] l. 1. §§ 3. 4. D. de per. 18, 6. — [7] l. 12. l. 14. pr. D. eod. 18, 6. — [8] Siehe die Stelle in Note 6 und l. 8. D. de trit. 33, 6. — [9] l. 38. § 1. D. de a. e. v. 19, 1. — [10] l. 17. D. de per. 18, 6.

langen [1]. Zuweilen ist die Leistung am unrechten Ort nicht soviel werth wie am rechten; dann kann der Gläubiger die Preisdifferenz verlangen [2]. Zuweilen hat die Leistung am unrechten Ort den Gläubiger außer Stand gesetzt, eigne Verbindlichkeiten zu erfüllen, die er an demselben Orte wie sein eigner Schuldner lösen sollte; dann kann er allen ihm hieraus erwachsenen Schaden vom Schuldner ersetzt verlangen. — Uebrigens ist zu bemerken, daß die Leistung an einem anderen als dem unter den Parteien verabredeten Orte dem Gläubiger Vortheil bringen kann (z. B. die Sache ist an jenem mehr werth als an diesem); dann muß der Gläubiger, wenn er die Leistung an jenem Ort verlangt und erhält, sich einen Abzug Seitens des Schuldners gefallen lassen [3].

II. Besonderheiten der stricti iuris obligationes. Die soeben dargestellten Grundsätze fanden nach altem Civilrecht bei den stricti iuris obligationes keine Anwendung. Bei den oblig. bonae fidei konnte der Gläubiger, falls er mit dem Schuldner einen bestimmten Erfüllungsort verabredet hatte, der Schuldner aber an diesem nicht leistete, sowohl am Erfüllungsorte (forum contractus) als im persönlichen Gerichtsstand des Schuldners (forum domicilii und originis, § 24) seine Forderung mit der Contractsklage einklagen [4]; klagte er im persönlichen Gerichtsstande des Schuldners, so wurde dieser zur Leistung an diesem Orte, zugleich aber zur Leistung des Ortsinteresses verurtheilt. Bei den stricti iuris obligationes hingegen konnte der Gläubiger, falls der Schuldner am verabredeten Erfüllungsorte nicht leistete, nach altem Civilrecht bloß an diesem Orte Klage erheben, und der Schuldner wurde lediglich zur Leistung an diesem Orte (also ohne Ortsinteresse) verurtheilt [5]. Durch das prätorische Edict wurden die stricti iuris obligationes denselben Grundsätzen wie die obl. bonae fidei unterworfen; danach konnte der Gläubiger aus der stricti iuris obligatio die actio de eo quod certo loco dari oportet [6] im persönlichen Gerichtsstande des Schuldners anstellen, eine arbiträre Klage, bei welcher der Richter dasselbe freie Ermessen wie bei einer bonae fidei actio hatte, und bei welcher der Verklagte zur Leistung am Klagorte, zugleich aber zur Leistung des Ortsinteresses verurtheilt wurde [7]. Zur classischen Zeit bestand also zwischen den obl. bonae fidei und stricti iuris ein Unterschied bloß im Namen der Klage, und dieser hat heutzutage gar keine Bedeutung.

VII. § 243. Die Lehre vom Interesse.

Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 2. 1855. — Cohnfeldt, Lehre vom Interesse nach Römischem Recht. 1865. — Vangerow, § 571.

Als regelmäßige Folge der Nichterfüllung resp. der nicht gehörigen Erfüllung ist in den §§ 236—242 die Haftung des Schuldners für das Interesse angegeben worden. Hier ist hinzuzufügen, daß es Obligationen

[1] l. 2. § 7. de eo quod certo loco 13, 4; (. . . . quemadmodum si quis insulam . . .). — [2] l. 2. § 7. cit. (. . . . et ideo quod interest solum petendum). — [3] l. 2. pr. de eo quod certo loco 13, 4. — [4] l. 7. pr. D. eod. 13, 4. — [5] l. 1. l. 4. pr. D. eod. 13, 4. — [6] t. D. 13, 4; de eo quod certo loco dari oportet; t. C. 3, 18: ubi conveniatur qui certo loco dare promisit. — [7] l. 1. C. h. t. 3, 18; l. 2. l. 3. D. h. t. 13, 4.

gibt, welche von Anfang an auf das Interesse gehen; so die meisten **Delictsobligationen**, die **Obligation aus** der cautio damni infecti u. a.; auch mit Klagen aus dinglichen Rechten wird zuweilen die Leistung des Interesses verfolgt[1]. (§ 152 Text vor N. 11. § 172 N. 12.) — Das **Wort Interesse wird hier nicht in dem** Sinne genommen, in welchem es in § 16 als ein Erforderniß aller Privatrechte aufgestellt wurde, sondern in dem Sinn, in welchem die Quellen die Worte: id quod interest creditoris gebrauchen (aus denen die schlechte Wortbildung „das Interesse" hervorgegangen ist); es bedeutet hiernach den Schaden, welchen Jemand durch eine bestimmte, von einem Anderen zu vertretende positive oder negative Thatsache in seinem Vermögen erlitten hat. Zwei Punkte bedürfen einer eingehenden Erörterung: der Umfang des Interesse und sein Causalnexus mit der zu vertretenden Thatsache.

I. Umfang. Das Interesse besteht in dem ganzen Nachtheil, den der Gläubiger erlitten hat, mag er darin bestehen, daß etwas aus seinem Vermögen hinausgegangen ist, was darin bereits befindlich war (bei den Neueren damnum emergens, positiver Schaden), oder darin, daß etwas in sein Vermögen nicht hineingekommen ist, was hätte hineinkommen können[2] (bei den Neueren lucrum cessans, entgangener Gewinn, negativer Schaden). Daher muß, wer einen Sklaven tödtet, den der Eigenthümer unter einer Conventionalstrafe veräußert oder der eine Erbschaft bereits deferirt erhalten, aber noch nicht angetreten hatte, dem Herrn des Sklaven dessen Werth sowie die Conventionalstrafe resp. den Betrag der Erbschaft ersetzen[3]; ferner muß der Verkäufer, der den Kaufgegenstand nicht liefert, dem Käufer, welcher ihn weiter veräußerte und seinem Abkäufer das Interesse leisten mußte, auch dieses ersetzen[4]. — Auch darauf kommt nichts an, ob der Nachtheil unmittelbar und nothwendig durch die schadende Thatsache erzeugt wurde oder erst mittelbar durch das Vorhandensein oder Hinzutreten von Umständen, welche der Haftende nicht kannte resp. nicht voraussehen konnte (daher muß, wer ein Pferd tödtet, welches zu einem Viergespann gehörte, selbst Das ersetzen, was die übrigbleibenden Pferde an Werth verloren haben[5]; wenn Jemand wissentlich schlechtes Baumaterial oder krankes Vieh verkauft, und das Haus, worein jenes verbaut wird, stürzt ein, resp. die Heerde, in welche das Vieh gelangt, wird angesteckt, so haftet der Verkäufer selbst auf den Werth des eingestürzten Hauses resp. der angesteckten Heerde[6]; wer mit der Zahlung seiner Schuld säumig ist, muß, wenn sein Gläubiger mit dem Empfangenen eine eigne Schuld zu tilgen gedachte, und nunmehr in eine Conventionalstrafe verfällt, auch diese letztere dem Gläubiger ersetzen[7]). Nur Neigungen und Liebhabereien des Gläubigers (z. B. für ein Erbstück, für einen Sklaven, welcher der natürliche Sohn des Ersatzberechtigten ist)

---

[1] l. 68. l. 71. D. de r. v. 6, 1. — [2] l. 13. pr. D. r. r. 46, 8; l. 33. pr. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 19. pr. D. loc. 19, 2; l. 8. D. de ev. 21, 2; l. 33. D. de dolo 4, 3. — [3] l. 22. pr. l. 23. pr. D. ad l. Aq. 9, 2. — [4] arg. l. 21. § 3. i. f. D. de a. e. v. 19, 1. — [5] l. 22. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2. — [6] l. 13. pr. D. de a. e. v. 19, 1. — [7] l. 3. D. de in lit. jur. 12, 3; l. 2. § 8. D. de eo quod c. l. 13, 4.

bleiben außer Acht[8]. Ist der Umfang des Schadens unbestimmt, so ist nach der Wahrscheinlichkeit zu urtheilen; daher wird der Verkäufer eines Fischzuges, der das Netz nicht auswerfen will, auf den ungefähren Werth der zu fangenden Fische nach richterlichem Ermessen verurtheilt[9]. — Nach einer Verordnung Justinians[10], welche übermäßige Interesseforderungen abzuschneiden bezweckt, soll bei Obligationen, die einen Gegenstand von bestimmtem Werth zum Inhalt haben, höchstens das Doppelte dieses Werthes als Interesse zugebilligt werden. Da die Verordnung sehr ungenau gefaßt ist (sancimus in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere), so ist ihr Inhalt streitig; namentlich streitet man 1. darüber, ob die Verordnung sich auch auf solche Obligationen bezieht, welche von Anfang an auf das Interesse gehen, namentlich auf Delictsobligationen; die herrschende Meinung verneint dies, und unter den von Justinian gebrauchten Beispielen werden Delictsobligationen in der That nicht erwähnt; 2. darüber, welche Obligationen als Forderungen auf etwas Bestimmtes angesehen werden sollen; viele Juristen verstehen darunter alle Obligationen, welche nicht von Anfang an auf das Interesse gehen; richtiger ist es, nur solche Obligationen hieher zu ziehen, deren Object eine bestimmte Species oder eine nach Qualität und Quantität bestimmte Gattungssache oder Taglöhner- und Handwerkerdienste sind.

II. Causalnexus zwischen dem Schaden und der zu vertretenden Thatsache. Der Anlaß der Interesseleistung ist eine bestimmte Thatsache, für welche ein Anderer einstehen muß; demgemäß ist nur derjenige Nachtheil zu ersetzen, welcher eine wirkliche Folge dieser Thatsache ist; mit anderen Worten: es muß zwischen dieser Thatsache und dem dem Beschädigten widerfahrenen Nachtheil ein Causalnexus stattfinden. Kein Causalnexus ist vorhanden, wenn eine Thatsache zwar geeignet war, einen Nachtheil hervorzubringen, aber bevor dies geschah, eine andere Thatsache ihn wirklich hervorgerufen hat (daher haftet Der, welcher einen Sklaven tödtlich verwundet, dennoch nicht wegen Tödtung, sondern nur wegen Verwundung, wenn der Tod des Sklaven unmittelbar durch die Handlung eines Dritten[11] oder durch die Vernachlässigung des Arztes[12] oder durch eigne Nachlässigkeit[13] herbeigeführt wird). Wohl aber ist der Causalnexus vorhanden (richtiger: er wird nicht aufgehoben), wenn nach Erzeugung des Nachtheils eine neue Thatsache eintritt, die den Nachtheil hervorbringen würde, falls er nicht bereits bestände: neque enim ex postfacto decrescit obligatio[14] (daher haftet der Zerstörer eines fremden Hauses selbst dann, wenn nach der Zerstörung ein allgemeiner Brand eintritt, in welchem sämmtliche Häuser dieser Stadtgegend zu Grunde gehen)[15]. — Bei Feststellung des Causal-

[8] l. 33. pr. eod. 9, 2; l. 6. § 2. D. de op. serv. 7, 7. — [9] l. 12. D. de act. emt. 19, 1. [10] l. un. C. de sent. quae pro eo quod interest prof. 7, 47. — [11] l. 11. § 3. l. 15. § 1. l. 52. pr. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 4. de imp. 25, 1. — [12] l. 7. § 8. l. 8. pr. D. ad l. Aq. 9, 2. — [13] l. 203. D. de r. j. 50, 17. — [14] l. 44. § 2. D. de aed. ed. 21, 1. — [15] l. 7. § 4. i. f. quod vi aut. cl. D. 43, 24; l. 37. D. mand. 17, 1; l. 16. § 2. D. de ev. 21, 2; l. 27. § 2. D. de rei vind.

nexus ist die Anwendung von großer Vorsicht nöthig, namentlich wenn es sich um entgangenen Gewinn, d. h. um hypothetische Erfolge handelt. Daher kann zwar der Gläubiger, dem die geschuldete Sache nicht geliefert wird, den Gewinn verlangen, den er durch eine von ihm nachgewiesene Verkaufsgelegenheit erzielen konnte[16], namentlich auch der Gläubiger einer Sache, die einen Marktpreis hat, den höheren Preis, welchen die Sache auch nur einen Augenblick während der Mora hatte[17]; ferner kann der Verkäufer von Wein, dem der Käufer den Wein nicht abnimmt und dem er dadurch den Gebrauch der Fässer entzieht, Miethgeld für die Fässer verlangen, wenn er eine Miethgelegenheit hatte[18]. Allein wer einem Kaufmann Geld schuldet und mit der Zahlung säumig ist, braucht ihm nur Zinsen zu zahlen, nicht auch den Gewinn, den er mit dem Gelde durch Waarenumsatz gemacht hätte[19]; denn kein Kaufmann pflegt um deshalb sein Geschäft einzuschränken, weil dieser oder jener Schuldner ihm nicht zur rechten Zeit zahlt, sondern er selbst nimmt in einem solchen Falle mehr Credit als bisher, so daß der Nachtheil der Zahlungszögerung sich bloß in Zinsen darstellt; aber freilich muß dann eine Ausnahme gelten, wenn die Zahlung nicht am Wohnort des Gläubigers geschehen sollte, sondern an einem anderen Ort, wo der Gläubiger fremd ist und keinen Credit genießt[20]. Endlich ist der entgangene Gewinn, soweit er aus zukünftigen Thatsachen entspringen könnte, nicht von dem zu ersetzen, der mit der act. leg. Aquil. haftet, und zwar selbst dann nicht, wenn es am Causalnexus nicht fehlt, weil nach der Vorschrift jenes Gesetzes bloß auf die Thatsachen Rücksicht genommen werden soll, die auf den Werth der fraglichen Sache im letzten Jahre oder Monat vor der Beschädigung Einfluß hatten (§ 313 N. 6); daher haftet, wer ein ausgehängtes Fischernetz zerreißt, nicht für die Fische, die hätten gefangen werden können[21]; daß dies eine der lex Aquilia eigenthümliche Bestimmung enthält, beweisen sowohl die Worte der Quellen (nam ubi damni iniuria agitur ob retia . . .) als die entgegengesetzte Entscheidung bei dem Verkaufe eines zukünftigen Fischzuges (oben Note 9). — Die obigen Bestimmungen über den entgangenen Gewinn haben vielfach unrichtige Ansichten erzeugt; namentlich unterschied man früher ein directes und indirectes Interesse (damnum circa rem — extra rem), und behauptete bald, daß bei Obligationen aus bloßer Culpa, bald daß beim Kaufe, bald daß bei Geldschulden nur das damnum circa rem zu ersetzen sei. Die Unterscheidung selbst ist heut allgemein verworfen, eine Einigung aber über den Sinn der römischen Entscheidungen noch nicht erfolgt.

---

[16] l. 57. D. sol. matr. 24, 3. — [17] l. 21. § 3. i. f. D. de a. e. v. 19, 1. — [18] l. 1. § 3. D. de per. et comm. 18, 5. — [19] l. 19. D. eod. 18, 6. — [20] l. 2. § 8. D. eo quod certo loc. 13, 4. — [21] l. 29. § 3. D. ad. leg. Aq. 9, 2.

Viertes Capitel.

Einheit und Mehrheit von Obligationen.

1) § 244. Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen.

Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen, §§ 21—24. 1831. — Ubbelohde, die Lehre von den untheilbaren Obligationen. 1862. — Steinlechner, das Wesen der iuris communio u. quasi communio. 1876. 1878. — Savigny, §§ 29—36. — Vangerow, § 567.

I. Begriff und Anwendung auf die einzelnen Obligationen. Eine Obligation ist theilbar (obl. dividua), wenn die geschuldete Leistung theilbar ist, d. h. wenn sie in Theilen erfolgen kann, ohne dadurch in ihrem Charakter geändert, noch in ihrem Werthe gemindert zu werden. Demgemäß sind:

1. Die Obligationen, deren Inhalt die Verschaffung des Eigenthums oder eines dinglichen Rechts ist[1], in der Regel theilbar; ausgenommen sind a. die Obligationen auf Bestellung einer Servitut[2]; nur diejenige auf Bestellung des Nießbrauchs ist theilbar (§ 156 N. 6. 7); b. die alternative Obligation sowie die Obligation, deren Gegenstand einzelne nur der Gattung nach bestimmte Stücke sind; jedoch beruht die Untheilbarkeit hier nicht auf der Natur der Leistung, sondern auf Billigkeitsgründen: es soll nämlich der Schuldner verhindert werden, Theile von verschiedenen Sachen dem Gläubiger zu leisten[3]; daher sind diese Obligationen in jeder anderen Beziehung theilbar[4].

2. Die Obligationen auf ein Thun oder Unterlassen werden in den Quellen[5] für untheilbar erklärt (so die Verpflichtung zur Errichtung eines Opus, zur Gestattung eines Durchgangs); mit folgenden Ausnahmen: a. wenn die Obligation auf mehrere Tagesarbeiten gerichtet ist (sie ist nach Tagen theilbar)[6], b. wenn sie auf Verwirklichung eines theilbaren Rechts geht, z. B. auf Vornahme eines Erlasses einer theilbaren Obligation, auf Nichteinklagung eines theilbaren Rechts[7]; c. die auf Uebergabe des Besitzes einer Sache gerichtete Obligation nimmt die gemeine Meinung als theilbar an (weil es einen Mitbesitz nach intellectuellen Theilen gibt, § 115), doch wird in den Quellen jene Obligation als untheilbar bezeichnet[8], — was bisher nicht befriedigend erklärt worden ist.

II. Die Wirkungen der Theilbarkeit resp. Untheilbarkeit sind doppelter Art:

1. Bei theilbaren Obligationen ist eine theilweise Forderung sowie eine theilweise Leistung möglich, demgemäß auch eine theilweise Befriedi-

---

[1] l. 85. § 1. D. de v. o. 45, 1. — [2] l. 2. § 1. l. 72. pr. D. de v. o. 45, 1. — [3] l. 2. § 1. l. 85. D. de v. o. 45, 1. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 26. §§ 13. 14. D. de c. i. 12, 6. — [4] l. 2. § 3. l. 85. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 17. D. de acc. 46, 4; l. 54. pr. l. 117. D. de v. o. 45, 1. — [5] l. 72. pr. D. de v. o. 45, 1. — [6] l. 15. § 1. l. 8. pr. D. de o. l. 38, 1; l. 54. § 1. D. de v. o. 45, 1. — [7] l. 4. § 1. D. de v. o. 45, 1. — [8] l. 72. pr. D. de v. o. 45, 1.

gung des Gläubigers resp. eine theilweise Befreiung des Schuldners [9]. Die Frage, ob die theilweise Leistung nicht bloß möglich, sondern auch rechtlich gestattet sei, ist bereits § 225 verneint worden. — Bei untheilbaren Obligationen gelten entgegengesetzte Grundsätze: eine Theilleistung ist undenkbar; neque enim ullum balneum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit [10]. — Bei den kraft Billigkeit untheilbaren Obligationen (s. oben I. 1) ist eine theilweise Leistung wohl möglich, allein wirksam wird sie erst dann, wenn der Schuldner später den noch übrigen Theil derselben Sache liefert; leistet er später eine andere Sache, so kann er den früher geleisteten Theil zurückfordern [11].

2. Wenn mehrere Personen, sei es als Gläubiger sei es als Schuldner über eine theilbare Leistung contrahiren, so ist nach einer Vorschrift der zwölf Tafeln [12] die Forderung oder Schuld unter ihnen von selbst getheilt: nomina sunt ipso iure divisa; demgemäß entstehen soviel einzelne, von einander unabhängige Obligationen als Gläubiger resp. Schuldner vorhanden sind, und eine jede dieser Obligationen lautet bloß auf einen Theil des versprochenen Gegenstandes [13]. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger oder Schuldner einer theilbaren Leistung mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt; es spaltet sich alsdann die Obligation unter die Erben in mehrere selbständige Theilobligationen [14]. — Bei untheilbaren Obligationen gelten andere Grundsätze; zwar entstehen auch hier soviel Obligationen als Gläubiger oder Schuldner vorhanden sind, aber jede Obligation geht auf die ganze untheilbare Leistung (in solidum, daher auch Solidarobligation genannt) sowohl bezüglich der Gläubiger als bezüglich der Schuldner. Daraus folgt:

a. Steht die untheilbare Obligation mehreren Gläubigern zu, so kann der Schuldner nur an Alle Gläubiger zusammen leisten [15], ausgenommen, wenn die Leistung an Einen zugleich die Befriedigung Aller involvirt [16] oder wenn die Leistung an Jeden abgesondert geschehen kann, z. B. mehrere Miteigenthümer eines Grundstücks bedingen sich eine Prädialservitut aus [17]. — Kommt es im Proceß zu einer Geldschätzung, tritt also an die Stelle der geschuldeten untheilbaren Leistung eine theilbare (Geld), so mindert sich die Forderung der einzelnen Solidargläubiger auf einen Kopftheil des Geldwerthes der untheilbaren Leistung [18].

b. Stehen mehrere Schuldner in der untheilbaren Obligation, so ist der einzelne Schuldner erst dann befreit, wenn die Leistung vollständig gemacht ist [19], nicht also schon dann, wenn er für seine Person die Obligation erfüllt hat (z. B. zwei Miteigenthümer eines Grundstücks versprechen eine Prädialservitut zu bestellen, der Eine bestellt sie, der Andere

---

[9] l. 9. § 1. D. de sol. 46, 3. — [10] l. 80. § 1. D. ad l. falc. 35, 2. — [11] l. 26. §§ 13. 14. D. de c. i. 12, 6; l. 2. § 1. D. de v. o. 45, 1. — [12] l. 25. § 9. D. fam. erc. 10, 2; l. 1. C. si unus ex pl. 8, 32; l. 6. C. fam. e. 3, 36. — [13] l. 11. §§ 1. 2. D. de d. r. 45, 2; l. 5. C. si certum 4, 2; l. 1. l. 2. C. si plures 7, 55. — [14] S. die Stellen in Note 12 und außerdem l. 2. § 5. l. 4. pr. l. 25. § 1. D. f. e. 10, 2. — [15] l. 54. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 1. § 36. l. 14. pr. D. dep. 16, 3. — [16] l. 11. § 1. D. de a. p. a. 39, 3. — [17] l. 18. D. comm. pr. 8, 4. — [18] l. 25. § 9. D. fam. e. 10, 2. — [19] l. 192. D. de r. j. 50. 17; l. 17. D. de serv. 8, 1.

unterläßt dies). Kommt es im Proceß zu einer Geldschätzung, so wird Der, welcher an der Nichterfüllung Schuld trägt, auf das ganze Interesse in Geld verurtheilt (nur haben Mehrere, welche gleiche Schuld tragen und sämmtlich zahlungsfähig sind, das sog. beneficium divisionis, d. h. sie können verlangen, daß der Gläubiger auf die Einzelnen seine Forderung repartire)[20]; wie es aber mit Demjenigen zu halten, welcher die Nichterfüllung nicht verschuldet, ist bestritten. In den Quellen werden nämlich anscheinend die Obligationen auf eine untheilbare Servitut und auf ein untheilbares Thun geschieden, und bei jener (in l. 25. § 10. D. fam. erc. X, 2)[21] die Haftung auf den *ganzen* Geldwerth, bei diesem (in l. 72 pr. D. d. v. o. XLV, 1)[22] bloß auf den *theilweisen* Geldwerth ausgesprochen. Wahrscheinlich ist die Entscheidung der l. 25 § 10. cit. daraus zu erklären, daß Erben des Schuldners, bevor sie die Servitut an dem ererbten Grundstück bestellten, sich in das Grundstück theilten, also eine Culpa begingen; man muß demnach die Regel aufstellen, daß derjenige Schuldner, welcher die Nichtleistung nicht verschuldet, nur auf den theilweisen Geldwerth des untheilbaren Gegenstandes haftet. — Uebrigens findet unter den mehreren Schuldnern ein Regreßanspruch statt: 1. im Falle *gleichmäßiger* Verschuldung Mehrerer, indem Derjenige, welcher vom benef. divisionis nicht Gebrauch gemacht und deshalb das ganze Interesse geleistet hat, von seinen gleichverschuldeten Genossen verhältnißmäßigen Ersatz fordern kann[23]; 2. im Fall *ausschließlicher* Verschuldung Eines oder Mehrerer, indem diese den unschuldigen Genossen den von diesen geleisteten theilweisen Geldwerth ersetzen müssen[24].

III. Es gibt noch zwei Arten von Obligationen, welche, wiewohl sie auf einen Theil lauten könnten, dennoch auf das Ganze (in solidum) gehen; die erste derselben nennt man die Correalobligationen, die zweite die bloß solidarischen Obligationen. Hievon wird im Folgenden gehandelt werden.

2) § 245. Die Correalobligationen.

t. D. XLV, 2: de duobus reis constituendis. — t. C. VIII, 40; t. I. III, 16: de duobus reis stipulandi et promittendi. — *Ribbentrop*, zur Lehre von den Correalobligationen. 1831. — *Brinz*, kritische Blätter Nr. 4. 1853. — *Kuntze*, die Obligation und die Singularsuccession, §§ 30—57. 1856. — v. *Helmolt*, die Correalobligationen. 1857. — *Fitting*, die Natur der Correalobligationen. 1859. — *Samhaber*, zur Lehre von den Correalobligationen. 1861. — *Baron*, die Gesammtrechtsverhältnisse im Römischen Recht S. 205—391. 1864. — *Brinz*, zur Lehre von den Correalobligationen und den solidarischen Schuldverhältnissen. 1873. — *Wieding*, Novella Justiniani 99. 1857. — *Savigny*, §§ 16—27. — *Vangerow*, § 573.

(Den Begriff der Correal- und der bloß solidarischen Obligationen s. in § 247.) I. *Praktische Bedeutung der Correalobligationen.* Die Vorschrift der zwölf Tafeln: nomina sunt ipso iure divisa, welche bei Obligationen mehrerer Personen über eine theilbare Leistung von vorn-

---

[20] l. 22. D. dep. 16, 3. — [21] Vgl. außerdem l. 2. §§ 2. 5 D. de v. o. 45, 1. [22] Vgl. außerdem l. 80. § 1. D. ad l. falc. 35, 2; l. 11. § 23. D. de leg. 3. (32); l. 49. § 4. D. de leg. 2. (31); l. 139. D. de v. o. 45, 1. — [23] l. 2. § 2. l. 85. § 3. D. de v. o. 45, 1; l. 25. § 10. D. fam. e. 10, 2. — [24] l. 2. § 5. l. 5. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 2. §§ 12. 13. l. 44. § 5. D. fam. e. 10, 2.

herein, bei den Obligationen über eine untheilbare Leistung regelmäßig bei ihrer Umwandlung in eine Geldschuld eintritt (§ 244 Note 12. 18. 22), kann durch den Willen der betheiligten Personen außer Anwendung gesetzt, d. h. es kann bestimmt werden, daß jeder der Schuldner den ganzen (ungetheilt bleibenden) Gegenstand verschulden solle, resp. daß jeder der Gläubiger den ganzen Gegenstand zu fordern habe; dann entsteht eine (von den Neueren) sog. Correalobligation; sie zerfällt in die passive (im Falle mehrerer Schuldner, welche in den Quellen duo rei debendi, duo rei promittendi, einmal correi[1] heißen) und in die active (im Falle mehrerer Gläubiger, welche in den Quellen duo rei credendi, duo rei stipulandi heißen). Der Grund, weshalb einer Obligation die Eigenschaft einer correalen von den handelnden Personen beigelegt wird, ist bei der passiven ein anderer als bei der activen. Bei der passiven gewinnt der Gläubiger eine größere Sicherheit seiner Forderung, indem jeder Correalschuldner aufs Ganze haftet, sowie eine gewisse Bequemlichkeit bei der Einziehung und Verfolgung seiner Forderung, indem er nur mit Einem Schuldner zu thun hat, also nur Einmal zu empfangen, zu quittiren, zu klagen braucht. Bei der activen wird umgekehrt dem Schuldner eine größere Bequemlichkeit verschafft, indem er den Schuldgegenstand auf einmal an Einen Correalgläubiger leisten kann; doch kann auch die Bequemlichkeit der Correalgläubiger den Grund der activen Correalobligation abgeben, vorausgesetzt, daß (was auch sehr häufig der Fall ist) die Correalgläubiger in einem Societätsverhältniß zu einander stehen.

II. Entstehung der Correalobligation. Die Correalobligation entsteht durch den Willen der betheiligten Personen, also

1. Bei den Obligationen aus Verträgen durch die Abrede der contrahirenden Parteien[2]; zur Bezeichnung dieser Abrede dienen heut die Worte „sammt und sonders, solidarisch, Einer für Alle und Alle für Einen." Historisch zu bemerken ist, daß nach Römischem Recht ursprünglich ein einheitlicher Act nöthig war; bei der activen Correalstipulation stellte zunächst jeder der Stipulatoren die Frage, worauf der Versprechende eine an Alle gerichtete Antwort ertheilte (Titi, centum dare spondes? Titi, eosdem centum dare spondes? — Utrique vestrum dare spondeo). Bei der passiven Correalstipulation stellte der Stipulator zunächst seine Frage an Jeden der Versprechenden, worauf er von Jedem eine zusagende Antwort empfing (Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes? — Spondeo. Spondeo)[3]. Doch waren später bei der passiven[4] Correalstipulation auch getrennte Acte zulässig; daß dies auch bei der activen der Fall gewesen sei, wie Viele behaupten, ist gegen die Quellen[5].

2. Bei den Obligationen aus letztwilligen Verfügungen (Testament, Codicill, sog. Oralfideicommiß, § 439) durch den Willen des Erblassers. Auch hier sind heut ähnliche Worte wie bei den Correalverträgen ge-

---

[1] l. 3. § 3. D. de lib. leg. 34, 3. — [2] l. 9. pr. D. h. t. 45, 2; l. 13. § 9. D. loc. 19, 2. — [3] pr. I. h. t. 3, 16; l. 7. l. 9. § 2. D. h. t. 45, 2. — [4] l. 3. pr. D. h. t. 45, 2; l. 43. D. de fid. 46, 1; l. 8. § 5. D. de nov. 46, 2. — [5] l. 28. § 2. D. de stip. s. 45, 3; l. 7. § 1. D. de auct. et cons. 26, 8.

bräuchlich. Bei den Römern war bei dem passiven Correalvermächtniß [6] folgende Wortfassung üblich: Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato; bei dem activen Correalvermächtniß: Titio aut Seio, utri heres vellet, decem dato [7], wohingegen ohne den Zusatz „utri heres vellet“ die Giltigkeit und Bedeutung des Vermächtnisses unter den römischen Juristen bestritten war, bis Justinian entschied [8], es solle jeder Bedachte die Hälfte des vermachten Gegenstandes erhalten.

Nach der herrschenden Meinung ist zu den Correalobligationen noch zu rechnen: die Obligation des Bürgen neben der des Hauptschuldners sowie (nach Römischem Recht) die Haftung des Vertretenen neben der Obligation des Vertreters. Es wird aber S. 397 gezeigt werden, daß hier eine bloße Solidarität, keine Correalität vorliegt.

III. Rechtliche Verhältnise der Correalgläubiger und Correalschuldner.

1. Bezüglich der Erfüllung.

a. Jeder Correalgläubiger kann das Ganze einziehen, der Schuldner wird durch Leistung an Einen befreit [9]. Es ist streitig, ob der befriedigte Correalgläubiger seinen Genossen regreßpflichtig ist, d. h. ob er ihnen einen entsprechenden Theil des Empfangenen herausgeben müsse; die Beantwortung dieser Frage läßt sich nach richtiger Meinung nicht aus der Correalobligation an sich schöpfen, sondern aus dem Rechtsverhältniß, welches die Correalobligation veranlaßt hat; es findet daher z. B. bei einem correal hinterlassenen Vermächtniß ein Regreßrecht nicht statt, wohl aber bei einem Correalvertrage, welchen mehrere Gesellschafter mit einem Dritten eingegangen sind [10].

b. Jeder Correalschuldner haftet auf das Ganze, durch seine Leistung werden auch seine Genossen befreit [11]. Auch hier ist es streitig, ob der Correalschuldner, welcher das Ganze geleistet, ein Regreßrecht an seine Genossen habe; nach richtiger Meinung muß es auch hier auf ein besonderes Rechtsverhältniß unter den Correalschuldnern gestützt werden (z. B. auf Societät) [12]; es kann sich jedoch der zahlende Correalschuldner das Regreßrecht überall dadurch verschaffen, daß er sich von dem Gläubiger dessen Ansprüche an die übrigen Correalschuldner cediren läßt, und es steht ihm zu diesem Zwecke ein sog. beneficium cedendarum actionum [13] zu, das er nöthigen Falls im Proceß durch exceptio doli geltend macht. — Uebrigens ist die Haftung der Correalschuldner auf das Ganze durch die Justinianische Nov. 99 (einen Nachtrag zu Nov. 4) modificirt worden [14]; die Tragweite derselben ist wegen ihrer unklaren Wortfassung (εἴ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς, εἰ μὲν προςθείη τὸ δεῖν καὶ ἕνα τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι . . .)

[6] l. 8. § 1. D. de leg. 1. (30); l. 25. pr. D. de leg. 3. (32); in l. 9. pr. D. h. t. 45, 2 muß (wie allgemein anerkannt ist) Titius aut Maevius gelesen werden. — [7] l. 16. D. de leg. 2. (31). — [8] l. 4. C. de v. s. 6, 38. — [9] l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2. — [10] l. 62. pr. D. ad l. falc. 35, 2. — [11] l. 3. § 1. D. h. t. 45, 2; § 1. I. h. t. 3, 16. — [12] l. 62. pr. D. ad l. falc. 35, 2; l. 2. C. h. t. 8, 40. — [13] l. 65. D. de ev. 21, 2; l. 47. D. loc. 19, 2; l. 13. C. de loc. 4, 65. — [14] Vgl. schon den Versuch des Marcellus in l. 47. D. loc. 19, 2.

bestritten, indem die herrschende Meinung sie auf alle Correalschuldner, Einige sowohl auf Correal- wie auf Solidarschuldner (außer Delictsschuldnern), Andere auf alle Correalschuldner, vorausgesetzt, daß sie sich gegenseitig verbürgt haben, Andere auf diejenigen Correalschuldner, welche an den Vortheilen der Schuld, in Betreff deren sie sich correal verpflichteten, gleichmäßig Theil genommen haben (z. B. mehrere Darlehnsempfänger, Käufer, Miether), Andere auf mehrere Mitbürgen, Andere auf alle Schuldner, welche sich wechselseitig verbürgt haben, beziehen. Nach richtiger Meinung bezieht sich die Novelle auf alle Correalschuldner; sie sollen, vorausgesetzt daß sie alle zahlungsfähig und gegenwärtig (d. h. leicht verklagbar) sind, zunächst nur auf einen Theil in Anspruch genommen werden, (sie haben das sog. benef. divisionis), aufs Ganze erst dann, wenn eine jener beiden Bedingungen (Zahlungsfähigkeit oder Gegenwart der Schuldner) fehlt; denn es ist unangemessen, daß der Gläubiger Einen herausgreift und von ihm das Ganze fordert.

2. Der Erfüllung gleich steht die Deposition, die Hingabe an Zahlungsstatt, die Compensation, ferner nach Römischem Recht die Acceptilation[15] (weil sie eine imaginaria solutio ist), nach heutigem Recht die Quittirung (§ 268). Nicht hingegen steht der Erfüllung gleich:

a. Das pactum de non petendo; ist dasselbe ein sog. p. de n. p. in personam (§ 268 N. 8), so ist seine Wirkung selbstverständlich auf die Person des Paciscenten beschränkt[16]; ist es in rem, so kommt es bei der passiven Correalobligation außer dem Paciscenten selbst nur demjenigen Correalschuldner zu Gute, welcher mit dem Paciscenten in Societät steht, und diesem nicht sowohl um seinet- als um des Paciscenten willen, da er sich entgegengesetzten Falles an diesen mit der actio pro socio regressiren würde[17]; auch bei der activen Correalobligation schadet das p. de n. p. in rem außer dem Paciscenten selbst nur demjenigen Correalgläubiger, welcher der Socius des Paciscenten ist[18], was Viele mit Unrecht leugnen.

b. Die Confusio; vielmehr bleiben, wenn der Gläubiger einen Correalschuldner (oder umgekehrt) beerbt, die übrigen Correalschuldner verpflichtet[19], behalten jedoch sowohl das benef. divisionis aus Nov. 99 als auch ihr etwaiges Regreßrecht (oben Note 12. 13). Analoger Weise wird der Correalgläubiger, welcher den gemeinsamen Schuldner beerbt, nunmehr der Schuldner seiner bisherigen Genossen (was Einige leugnen), behält jedoch sein etwaiges Regreßrecht.

c. Nach Römischem Civilrecht die capitis deminutio; vielmehr blieben die Correalschuldner, welche keine capitis deminutio erlitten hatten, verpflichtet[20]. — Dieser Aufhebungsgrund ist schon nach Prätorischem Recht nicht mehr vorhanden (§ 25).

d. Ob die Novation der Erfüllung gleichsteht, ist bestritten. Die herrschende Meinung bejaht es; nach richtiger Ansicht ist es nur dann zu bejahen, wenn die Absicht der novirenden Personen auf vollständige Auf-

---

[15] l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 13. § 12. l. 16. D. de acc. 46, 4. — [16] l. 25. § 1. D. de p. 2, 14; l. 3. § 3. D. de lib. leg. 34, 3. — [17] l. 21. § 5. l. 22. l. 23. l. 25. pr. l. 27. pr. l. 40. pr. l. 57. § 1. D. de pact. 2, 14; l. 34. § 11. de sol. 46. 3; l. 5. § 1. D. de lib. leg. 34, 3. — [18] l. 34. pr. D. de rec. 4, 8. — [19] l. 71. pr. D. de fidej. 46, 1. — [20] l. 9. D. de d. r. 45, 2.

hebung der Correalobligation, nicht aber, wenn sie bloß auf die Befreiung eines einzigen Correalschuldners resp. auf die Entfernung eines einzigen Correalgläubigers gerichtet ist[21]. —

3. Entsteht über eine Correalobligation Streit und wird derselbe durch Proceß oder Eid beendet, so gelten folgende Grundsätze:

a. Nach vorjustinianischem Recht fand, auch wenn der Proceß nur Seitens Eines Correalgläubigers oder nur gegen Einen Correalschuldner angestellt worden war, die Regel „ne bis sit de eadem re actio“ Anwendung (§ 95). Man drückt dies gewöhnlich so aus: durch Litiscontestation Seitens Eines Correalgläubigers verloren dessen Genossen ihre Forderung, durch Litiscontestation mit Einem Correalschuldner wurden die übrigen befreit[22]. Doch trat der Verlust resp. die Befreiung nur civiliter ein; die nicht im Proceß befangenen Correi blieben demnach naturale Gläubiger resp. Schuldner[23]. — Justinian hat aber der Litiscontestation jene Wirkung abgesprochen[24], wie Manche behaupten, ganz allgemein, wie jedoch die herrschende Meinung mit Recht annimmt, nur bezüglich der passiven Correalschuldner[25].

b. Leugnet ein angeblicher Correalschuldner durch seinen Eid, welchen ihm der angebliche Gläubiger zugeschoben hat, das Bestehen einer Correalobligation ab, so kommt dies auch seinen Genossen zu Gute, wie andererseits auch die Genossen des Zuschiebenden jenen Eid gegen sich gelten lassen müssen[26]. Dieser Grundsatz gilt nur dann, wenn der Eid sich auf die Obligation als solche bezog, nicht aber, wenn er bloß die Betheiligung des Schwörenden an der Obligation betraf[27].

IV. Folgende Einzelbemerkungen sind noch hinzuzufügen:

1. Jeder Correus kommt bloß für die eigene Mora auf, nicht auch für die des Genossen[28].

2. Ob jeder Correus bloß für die eigene Verschuldung (dolus und culpa) aufkommt oder auch für die seiner Genossen, ist streitig. Die herrschende Meinung bejaht dies auf Grund der l. 18. D. de d. r. XLV, 2, allein diese Lex handelt keineswegs von der Verschuldung, und es ist richtiger, die Streitfrage zu verneinen.

3. Der Inhalt der Correalobligation muß im Moment ihres Entstehens für alle Correi durchaus gleich sein; undenkbar ist daher eine active Correalobligation über einen Ususfructus oder eine Dos; auch entsteht keine Correalobligation, wenn bloß der Eine Schuldner die Haftung für Culpa übernimmt, oder wenn zwei Handwerker, die von ungleicher Geschicklichkeit sind, eine Arbeit übernehmen[29]. Nur insofern ist eine Verschiedenheit zulässig, als bloß der Eine Correus sich unter einer Bedingung oder Zeitfrist verpflichten kann[30].

[21] l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 8. § 11. l. 20. D. ad sct. Vell. 16, 1; l. 33. § 1. D. de st. s. 45, 3. — [22] l. 8. C. de fid. et mand. 8, 41. — [23] l. 16. D. h. t. 45, 2. — [24] l. 28. C. de fid. et mand. 8, 41. — [25] l. 2. D. h. t. 45, 2; l. 5. i. f. D. de fid. 46, 1; l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2. — [26] l. 28. pr. § 3. D. de jurej. 12, 2. — [27] Cf. l. 28. § 1. l. 42. § 1. D. de jurej. 12, 2; l. 1. § 3. D. quar. rer. act. 44, 5. — [28] l. 32. § 4. D. de us. 22, 1; l. 173. § 2. D. de r. j. 50, 17. — [29] l. 9. § 1. l. 15. l. 5. D. h. t. 45, 2. — [30] l. 7. D. h. t. 45, 2; § 2. I. h. t. 3, 16.

4. Spätere Verträge, welche Ein Correalschuldner bezüglich der Correalobligation abschließt und welche die Correalobligation modificiren (z. B. er verspricht culpa levis, während er nur für c. lata haften müßte, er geht ein Compromiß ein, er bedingt sich eine Stundung aus u. dgl.), nutzen und schaden nur den Paciscenten: außer ihm kommen sie bloß seinem Socius zu Gute[31]. Läßt sich jedoch ein Correalgläubiger ein Zahlungsversprechen (Constitutum, § 264) abgeben, so ist fortan nur er zur Zahlungsempfangnahme berechtigt[32], denn das Zahlungsversprechen ist der Anfang des Zahlungsgeschäfts, mithin schließt der Correalgläubiger, wie durch Empfangnahme der Zahlung, so auch durch Entgegennahme eines Zahlungsversprechens seine Genossen aus.

5. Nach einer Verordnung von Justinian[33] soll die in Beziehung auf Einen Correalschuldner oder Correalgläubiger geschehene Unterbrechung der Klagverjährung nach allen Seiten hin den Lauf der Verjährung hemmen, „quum ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus vel debiti causa ex eadem actione apparuit."

V. Die Natur der Correalobligationen wird in § 247 ausführlich erörtert werden.

3) § 246. Die bloß solidarischen Obligationen.

S. die bei § 245 verzeichnete Literatur.

Diese kommen nur auf der Schuldseite vor; sie sind überall da vorhanden, wo mehrere selbständige Schulden auf dieselbe Leistung gehen.

I. Entstehung. Die Entstehungsgründe der Solidarobligationen lassen sich nicht (wie bei der Correalobligation) auf Ein Princip zurückführen, namentlich ist von dem Ausgangspunkt der Correalobligation (daß nämlich die Theilung Einer Obligation in mehrere Theilobligationen verhütet werden soll) bei den bloß solidarischen Obligationen nicht die Rede. Die Entstehungsgründe der letzteren sind vielmehr zwiefach:

1. Haftung Mehrerer für einen angerichteten Schaden:

a. Mehrere begehen gemeinsam ein Delict; sie haften für den Schadensersatz solidarisch[1], weil das gemeinsame Delict das Delict eines Jeden ist[2]. Zu unterscheiden ist ihre Haftung für die Strafe; diese muß von Jedem ganz gebüßt werden (§ 81 Note 8).

b. Mehrere verletzen in gemeinsamer Verschuldung eine bereits bestehende Obligation; sie haften aus gleichem Grunde wie bei a. solidarisch. Hieher gehört namentlich die Verpflichtung mehrerer Mitvormünder und Beamten[3], sowie mehrerer Personen, welche eine Sache gemiethet, entliehen[4], zur Aufbewahrung erhalten haben[5], oder welche mit der Ausführung eines Geschäfts beauftragt worden sind[6].

---

[31] l. 9. § 1. D. h. t. 45, 2; l. 34. pr. D. de rec. 4, 8; l. 1. l. 14. D. de r. r. 46, 8. — [32] l. 10. D. de p. c. 13, 5. — [33] l. 5. C. h. t. 8, 40.

[1] l. 1. § 4. D. de eo per qu. f. 2, 10; l. 14. § 15. l. 15. D. qu. m. c. 4, 2; l. 17. pr. D. de dolo 4, 3; l. 5. D. de n. a. 9, 4; l. 3. pr. D. si m. 11, 6; l. 7. § 4. l. 18. D. qu. f. t. 27, 6; l. 1. § 13. D. de vi 43, 16; l. 1. C. de c. f. 4, 8. — [2] l. 1. §§ 14. 15. D. de tut. 27, 3. — [3] l. 15. D. de tut. 27, 3; l. 18. § 1. D. de adm. tut. 26, 7. — [4] l. 5. § 15. D. comm. 13, 6. — [5] l. 1. § 43. l. 22. D. dep. 16, 3. — [6] l. 60. § 2. D. mand. 17, 1.

c. Mehrere haben durch Vertrag den Ersatz eines Schadens übernommen; so nach Römischem Recht mehrere Mandatoren, welche Jemanden mit der Ausführung eines Geschäfts beauftragen, sei es besonders oder gemeinsam (denn auch der gemeinsame Auftrag ist der Auftrag eines Jeden)[7]; nach heutigem Recht mehrere Versicherungsanstalten, bei denen dieselbe Sache versichert ist.

d. Mehrere sind durch Gesetz zum Ersatz eines Schadens verpflichtet; so mehrere Bewohner eines Zimmers, welche mit der act. de effusis et eiectis haften[8]; mehrere Miteigenthümer eines Sklaven oder Thieres, welche mit einer Noxalklage haften[9].

2. Haftung Jemandes für die Verbindlichkeit eines Anderen, und zwar weil Jener die fremde Verbindlichkeit durch Vertrag übernommen, oder weil ihm das Gesetz die Haftung auferlegt. Hierher gehört die Verpflichtung des Bürgen neben der des Hauptschuldners, sowie nach Römischem Recht auch die des Vertretenen neben der des offenen Vertreters (§ 221). Die herrschende Ansicht stellt die hieher gehörigen Fälle zur Correalobligation; vgl. hiegegen S. 397.

II. Rechtsverhältnisse der Solidarschuldner. Beiden Fällen der Solidarobligation sind zwei Grundsätze gemeinsam:

1. Jeder Solidarschuldner haftet auf das Ganze (in solidum)[10], doch ist diese Haftung auf dreifache Weise gemildert: a) in gewissen Fällen ist ein benef. divisionis anerkannt; dieses Beneficium wurde von Kaiser Hadrian (in der epistola divi Hadriani, § 259 Note 17) mehreren Mitbürgen verliehen, von den classischen Juristen aber auf mehrere Vormünder, Beamte, Depositare übertragen, vorausgesetzt, daß sie sich in gleicher Schuld befinden[11]; man streitet darüber, ob das Beneficium auf die aufgezählten Fälle zu beschränken oder auf alle Solidarschuldner auszudehnen ist; die Billigkeit spricht für die Ausdehnung: nec enim amplius actoris interest[12]; b) in gewissen Fällen findet ein benef. excussionis statt, d. h. der Eine Solidarschuldner haftet principaliter, der Andere erst dann, wenn Jener fruchtlos ausgeklagt ist; so schon nach classischem Recht bei mehreren Mitvormündern und Beamten, wenn der Schaden durch die überwiegende Schuld eines Einzigen angerichtet worden ist[13]; so ferner nach Nov. 4 der Hauptschuldner vor dem Bürgen; es empfiehlt sich auch hier eine Ausdehnung auf ähnliche Fälle; c) in gewissen Fällen findet ein Regreßrecht statt; es kann nämlich der das Ganze zahlende Solidarschuldner, soweit das benef. divisionis resp. excussionis reicht, in der Regel von seinen Genossen Ersatz verlangen; er kann zu diesem Zwecke von dem Gläubiger die Abtretung seiner Rechte an die übrigen Schuldner fordern (benef. cedendarum actionum[14]), er

[7] l. 21. l. 59. § 3. D. m. 17, 1; l. 52. § 3. de fid. 46, 1. — [8] l. 1. § 10. l. 2. l. 3. l. 4. D. de his qui ef. 9, 3. — [9] l. 8. l. 20. pr. D. de int. in j. 11, 1; l. 8. D. de nox. a. 9, 4; l. 1. § 14. D. si quadr. 9, 1. — [10] l. 1. § 43. D. dep. 16, 3; l. 14. § 15. D. qu. m. c. 4, 2. — [11] l. 38. pr. § 1. l. 45. D. de adm. t. 26, 7; l. 7. D. de mag. conv. 27, 8; l. 22. D. dep. 16, 3. — [12] l. 22. cit. D. dep. 16, 3. — [13] l. 3. § 2. l. 39. § 11. l. 55. § 2. D. de adm. t. 26, 7; l. 12. D. rem. p. 46, 4; l. 11. l. 12. l. 13. D. ad mun. 50, 1. — [14] l. 1. §§ 13. 14. 18. l. 21. D. de tut. 27, 3; l. 6. C. arb. t. 5, 51; l. 2. C. de div. t. 5, 52; l. 2. C. de contr. j. t. 5, 58.

kann aber auch, wenn diese Abtretung ohne seine Schuld unterblieben ist, mit einer utilis actio klagend auftreten[15] (§ 249 unter 3). Den Solidarschuldnern aus Dolus steht kein Regreßrecht zu[16].

2. Durch die einmalige Leistung werden alle Solidarschuldner befreit[17], denn dann ist der Schaden beseitigt, das Versprochene erfüllt. Der Zahlung steht die Deposition, die Hingabe an Zahlungsstatt, die Compensation gleich; ob auch die Acceptilation (heutzutage die Quittung), ist bestritten und nach richtiger Meinung (denn sie ist imaginaria solutio) zu bejahen[18].

Abgesehen von diesen beiden Grundsätzen weichen die beiden Arten der bloß solidarischen Obligationen durchweg von einander ab. Bei den Solidarobligationen auf Schadensersatz findet unter den Solidarschuldnern kein weiterer Zusammenhang (außer dem oben geschilderten) statt. Die Solidarobligationen hingegen, welche aus einer Haftung für eine fremde Verbindlichkeit hervorgehen, haben einen accessorischen Charakter; die Hauptobligation, welche sie voraussetzen, bestimmt ihren Inhalt und ist für ihr Schicksal maßgebend; in der Regel hat jede Aufhebung der Hauptobligation (nach vorjustinianischem Recht auch die Litiscontestation mit dem Hauptschuldner) die Aufhebung der accessorischen zur Folge, die Minderung resp. Vergrößerung der Hauptobligation (z. B. durch Casus, Mora, Culpa des Hauptschuldners) bewirkt in der Regel das Gleiche bezüglich der accessorischen. Nicht aber besteht umgekehrt eine Abhängigkeit der Hauptobligation von der Nebenobligation; mit der einzigen Ausnahme, daß nach vorjustinianischem Recht die Litiscontestation mit einem Nebenschuldner ihre consumirende Kraft auch für den Hauptschuldner und die übrigen Nebenschuldner äußerte, weil eine Klage über die accessorische Obligation nicht denkbar ist ohne Klage über die principale; aber auch diese Ausnahme ist durch ausdrückliche Bestimmung Justinians beseitigt[19]. So bilden also diese Solidarobligationen einen scharfen Gegensatz zu den Correalobligationen, bei denen die Obligationen der einzelnen Correi unter einander coordinirt sind und gleichmäßig auf einander einwirken; die Quellen erkennen diesen Gegensatz ausdrücklich an[20]; von den Correalobligationen heißt es: sunt duae obligationes eiusdem potestatis, von den in Rede stehenden Solidarobligationen: est aliqua differentia obligationum, rei obligatio (die Hauptobligation) est plenior; mit Unrecht rechnet die herrschende Ansicht diese Solidarobligationen zu den correalen.

III. **Vergleichung des Rechtsverhältnisses der Solidarschuldner mit dem der Correalschuldner.** In dem Rechtsverhältniß der Solidar- und Correalschuldner bestehen nur wenige Unterschiede, namentlich kann die Novation mit Einem Correalschuldner resp. der Eid Eines Correalschuldners befreiend auf die übrigen wirken, andererseits schadet die Unterbrechung der Klagverjährung gegen Einen Correalschuldner auch den übrigen, der Correalschuldner hat kein benef. excussio-

[15] l. 1. §§ 13. 14. D. de tut. 27, 3; l. 2. §§ 8. 9. D. de adm. r. 50, 8; l. 4. D. de his qui ef. 9, 3. — [16] l. 1. § 14. D. de tut. 27, 3; l. 38. § 2. D. de adm. t. 26, 7. — [17] l. 14. § 15. D. qu. m. c. 4, 2; l. 1. § 43. D. dep. 16, 3. — [18] l. 16. D. de acc. 46, 4. — [19] l. 28. C. de fid. 8, 41. — [20] l. 5. D. de fidej. 46, 1; l. 13. D. h. t. 45, 2.

nis. Sodann besteht zwischen der zweiten Art der Solidarschuldner und den Correalschuldnern ein Unterschied: die accessorische Obligation ist von der Hauptobligation abhängig (S. 397). Nach vorjustinianischem Recht endlich bestand zwischen der ersten Art der Solidarschuldner und den Correalschuldnern noch ein bedeutender Unterschied: die Litiscontestation mit Einem Correalschuldner befreite auch die übrigen; gerade die Erkenntniß dieses Unterschiedes in unserer Zeit hat zu der Scheidung der Correal= und bloß solidarischen Obligationen geführt. — Wegen der Geringfügigkeit der aufgezählten Unterschiede hält die neueste Gesetzgebung die Gegenüberstellung von Correal= und Solidarobligationen nicht aufrecht, sie spricht bloß von Schuldnern, welche „solidarisch haften".

4) § 247. **Die Natur der Correal= und der bloß solidarischen Obligationen.**

I. Die herrschende Meinung. Bis in die neueste Zeit unterschied man nicht Correal= und Solidarobligation; man sprach bloß von Correalobligation und erklärte sie als eine einzige Obligation mit einer Mehrheit von Subjecten. Da wurde man gewahr, daß nach classischem Römischem Recht nicht überall (nämlich nicht bei den bloß solidarischen Obligationen erster Art, § 246 unter I) die Litiscontestation mit Einem Schuldner die Befreiung seiner Genossen nach sich ziehe, und man stellte nunmehr den Unterschied zwischen Correal= und bloß solidarischen Obligationen auf; man erklärte (und dies ist noch heut die herrschende Meinung) die Correalobligation als Eine Obligation mit mehreren Subjecten, die bloß solidarische Obligation als mehrere Obligationen auf denselben Gegenstand. Auf die Einheit der Correalobligation führte man den Grundsatz zurück, daß nicht bloß die Zahlung (und ihr gleichstehende Acte), sondern auch Acceptilation, Novation, Litiscontestation, Culpa, Unterbrechung der Klagverjährung auf alle Correi eine gleiche Wirkung äußere, wenngleich sie nur von Einem ausgegangen sind. Da jedoch nicht von allen rechtlichen Vorgängen das Gleiche gilt (unbestritten bei Confusio, Capitis deminutio, Mora, pact. de non pet., bestritten bei Culpa und Novation), so stellte man die Unterscheidung zwischen dem objectiven Bestand und der subjectiven Beziehung der Correalobligation auf, und man lehrte: „daß alle Schicksale, welche den objectiven Bestand der Obligation selbst treffen, dem Einen wie dem Anderen zu Gute kommen, diejenigen aber, welche bloß auf die Persönlichkeit Eines von ihnen wirken, die Substanz der Obligation jedoch nicht berühren, auch nicht über diese Person hinaus auf die Anderen Einfluß haben sollen".

II. Abweichende Ansichten. Eine Zeit lang fand die geschilderte Auffassung ungetheilten Beifall; sie ist aber in neuerer Zeit vielfach angegriffen und namentlich die Unterscheidung zwischen dem objectiven Bestand und der subjectiven Beziehung der Correalobligationen angefochten worden; einmal weil dadurch nicht erklärt wird, weshalb gewisse Ereignisse objectiv, gewisse subjectiv wirken; sodann weil überhaupt die Subjecte der Obligation und die Obligation selbst in so engem Zusammenhang stehen, daß jedes Ereigniß beide afficiren muß. Dazu kommt, daß in den Quellen selbst die Correalobligation bald mit una obligatio, bald

mit plures obligationes bezeichnet wird[1]. Demgemäß sind in neuerer Zeit andere Theorien über das Wesen der Correalobligation aufgestellt worden.

1. Einige leugnen überhaupt den Unterschied zwischen Correal- und bloß solidarischen Obligationen. Die von der herrschenden Meinung auf die Einheit der Correalobligation zurückgeführten Grundsätze erklären sie theils als Bestimmungen rein positiver Natur (— die Quellen bieten nicht den geringsten Anhalt hiefür —), theils leiten sie sie aus dem vermuthlichen Willen der Parteien ab (— dies geht offenbar fast nirgends an —), theils endlich behaupten sie, daß jene Regeln genau genommen auch bei den bloß solidarischen Obligationen hätten gelten müssen, daß sie aber deshalb bei den bloß solidarischen nicht gelten, weil letztere delictartig oder delictähnlich seien (— diese Behauptung ist unschlüssig —).

2. Andere halten den Unterschied zwischen den Correalobligationen und den bloß solidarischen fest, und erklären die Correalobligation als eine subjectiv-alternative; es sei bei den Correalobligationen unentschieden (in pendenti), wer von Mehreren der Gläubiger resp. Schuldner sei, und es werde diese Unentschiedenheit durch eine spätere Handlung (electio, occupatio) gehoben; bei den bloß solidarischen Obligationen hingegen beständen mehrere bestimmte Obligationen nebeneinander, welche (abgesehen von der Zahlung) von einander unabhängig seien. Diese Auffassung ist den Quellen zuwider, welche vielmehr jeden Correus als Gläubiger resp. Schuldner von Anfang an erklären und behandeln: et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur[2], und ähnliche Redewendungen[3].

3. Der Verfasser dieses Lehrbuches stimmt in der Auffassung der bloß solidarischen Obligationen mit der herrschenden Ansicht überein; in der Correalobligation sieht er ein Gesammtrechtsverhältniß, d. h. eine Verbindung einer Gesammtobligation und mehrerer Sonderobligationen. Der Wille der betheiligten Personen, daß die Obligation nicht getheilt werden soll, läßt sich nur dadurch ausführen, daß zunächst sämmtliche Correi als Einheit gedacht die Obligation contrahiren; es entsteht demgemäß eine Gesammtobligation, in den Quellen communis, tota, una obligatio[4], commune ius[5]. Da ferner jeder Correus ein selbständiges Rechtssubject ist und ein besonderes Vermögen hat, so erzeugt die Gesammtobligation eine Sonderobligation für jeden Correus, in den Quellen propria singulorum obligatio[6], duae species obligationis[7], duae obligationes[8]. Jede Sonderobligation hat gleichsam eine Lücke; denn der Correalgläubiger erkennt die Berechtigung seiner Genossen neben sich an, der Correalschuldner behauptet die Verpflichtung seiner Genossen neben sich; daraus folgt, daß die Erfüllung der Correalobligation, wenn sie auch nur von Einem Correalschuldner ausgeht resp. nur an Einen Correalgläubiger geschieht, dennoch alle Sonderobligationen aufhebt; das Gleiche gilt von

---

[1] Vgl. unter Note 4—8. — [2] pr. I. h. t. 3, 16; l. 2. D. h. t. 45, 2. — [3] l. 3. § 1. l. 19. D. h. t. 45, 2. — [4] l. 34. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 2. D. h. t. 45, 2. — [5] l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2. — [6] l. 9. § 2. D. h. t. 45, 2. — [7] l. 13. D. h. t. 45, 2; l. 5. D. de fid. 46, 1. — [8] § 1. I. h. t. 3, 16; l. 5. D. de fid. 46, 1; l. 15. D. h. t. 45, 2.

der Verfügung über die Obligation (z. B. Novation, Cession), vorausgesetzt, daß die Absicht des Verfügenden auf die Aufhebung aller Sonderobligationen gerichtet ist; ferner erzeugt die Litiscontestation und der Eid für alle Correi eine gleiche Wirkung, da sie Feststellungsmittel der Correalobligation sind, die Feststellung einer Sonderobligation aber nicht möglich ist ohne vorherige Feststellung der Gesammtobligation. Abgesehen von der Erfüllung, Verfügung und Feststellung besteht kein Zusammenhang unter den Sonderobligationen und daher berührt jede andere juristische Thatsache (z. B. pact. de non petendo, Confusion, Mora, Culpa) bloß Einen Correus.

Fünftes Capitel.

Uebertragung der Forderungen und Uebernahme der Schulden (Cession und Intercession).

Erster Titel.

Die Uebertragung von Forderungen (Cession).

t. D. XVIII, 4; C. IV, 39: de hereditate vel actione vendita. — Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl. 1836. — Kuntze, in dem bei § 245 citirten Werke. — Windscheid, die Actio des Römischen Civilrechts, §§ 15—20. 1856. — Schmidt, die Grundlehren der Cession. 2 Bde. 1863. 1866.

I. § 248. Historische Einleitung.

Vangerow, § 574.

Die Frage, ob eine Forderung von dem Gläubiger auf eine andere Person übergehen könne, ist nach dem alten Civilrecht anders bei der Universalsuccession als bei der Singularsuccession zu beantworten: auf den Universalsuccessor (Erbe, pater arrogator u. s. w.) gingen die Forderungen über; auf dem Wege der Singularsuccession (z. B. auf Den, der eine Forderung kaufen, eintauschen wollte) konnte die Forderung vom Gläubiger allein nicht übertragen werden; vielmehr bedurfte es hiezu der Delegation (§ 307), also eines Geschäfts, welches an die Zustimmung des Schuldners geknüpft war und wodurch die alte Obligation nicht übertragen, sondern durch eine neue ersetzt wurde. Den Grund hievon setzt die herrschende Meinung darein, daß die Obligation eine höchstpersönliche Beziehung zwischen zwei Rechtssubjecten, also ihrem Begriffe nach unübertragbar sei, sowie daß durch das Eintreten eines neuen Gläubigers die Obligation selbst geändert werde. Offenbar gilt dies bloß von solchen Obligationen, welche durch die Personen der Parteien in bestimmter Weise beeinflußt werden (z. B. Obligationen auf Dienste, auf einen Nießbrauch); wäre es allgemein richtig, so hätte es auch den Uebergang der Forderung durch Universalsuccession verhindern müssen. Der wahre Grund liegt vielmehr darin, daß dem alten Civilrecht eine Form für die Uebertragung von einzelnen Forderungen fehlte[1]; diese zu schaffen, war die

[1] Gai. 2, 38.

Aufgabe. Man fand eine solche erst nach Einführung des Formularprocesses. Zu dieser Zeit erst nämlich ward es zulässig, seinen Proceß statt in eigener Person durch einen Stellvertreter (cognitor, procurator) führen zu lassen [2]; der Vertreter wurde dominus litis, d. h. das Urtheil wurde auf den Namen des Vertreters gesprochen; er hatte die act. iudicati, und mußte sich hinterher mit dem Vertretenen berechnen [3]. Wollte nun Jemand seine Forderung einem Anderen übertragen, so ertheilte er diesem ein mandatum agendi (er ermächtigte ihn, die Forderung einzuziehen, nöthigenfalls einzuklagen), erklärte aber zugleich, er solle dies in rem suam thun (d. h. im eigenen Interesse, ohne Rechnung legen zu müssen, vielmehr mit der Befugniß, das Empfangene für sich zu behalten): er machte ihn zum cognitor resp. procurator in rem suam [4]. Dem Bedürfniß des Verkehrs war hiedurch großentheils Genüge gethan; der Gläubiger (Cedent) hatte zwar nur die Klage abgetreten (daher die Quellen viel öfter von cedere actionem als von cedere nomen sprechen), der Vertreter (Cessionar) aber hatte mit der Klage im Wesentlichen die Forderung erworben. Freilich nur im Wesentlichen; das zeigt sich in Folgendem. Das mand. agendi in rem suam unterlag nämlich den gewöhnlichen Regeln des Mandats, und verlor deshalb (§ 306 unter III) durch Widerruf des Mandanten (Cedenten) sowie mit dem Tode des Mandanten oder des Mandatars (Cedenten oder Cessionars), sofern diese Thatsachen vor der Litiscontestation des Cessionars mit dem Schuldner (debitor cessus) eintraten, seine Giltigkeit. Solchen Mißstand zu beseitigen, ward in diesem Falle in der Kaiserzeit dem Cessionar eine actio utilis suo nomine gegeben [5], d. h. er erhielt die Befugniß, die Forderung einzuziehen und einzuklagen, ohne sich als Vertreter des ursprünglichen Gläubigers zu geriren, vielmehr mit der Berechtigung in eigenem Namen zu handeln. Allmählich ward (seit dem 3. Jahrhundert n. Chr.) diese actio utilis suo nomine auch in Fällen gegeben, wo der Gläubiger überhaupt kein mand. agendi ertheilt, aber ein Veräußerungsgeschäft abgeschlossen hatte, welches ihn zur Ertheilung des mand. agendi verpflichtete (Kauf [6], Hingabe an Zahlungsstatt [7], Legat [8], Dosbestellung [9], Schenkung [10]); ja auch in einigen Fällen (wie Manche behaupten: in allen), wo Jemand kraft Rechtssatzes zur Abtretung einer Forderung verpflichtet war, kam gleichfalls jene act. utilis in Anwendung (cessio legis, § 249 unter 3). — Die Natur der a. utilis ist bestritten. Nach Vielen berührt sie bloß das Verhältniß zwischen Cedent und Cessionar, welcher letztere dadurch sofort ein festes (unwiderrufliches und vererbliches) Recht erhält; nicht hingegen betreffe sie das Verhältniß zwischen dem Cessionar und dem Schuldner, indem Jener noch immer eine fremde Forderung ausübe. Nach Anderen wird auch das letztere Verhältniß davon ergriffen und der Cessionar zum Gläubiger des Schuldners gemacht. Die letztere Meinung

---

[2] Gai. 4, 82. — [3] Gai. 4, 86. 87; l. 4. § 5. D. de app. 49, 1; l. 11. pr. D. de dol. exc. 44, 4; l. 22. l. 23. C. de proc. 2, 13. — [4] Gai. 2, 39. — [5] l. 55. D. de proc. 3, 3; l. 1. C. de o. et a. 4, 10; l. 33. C. de don. 8, 54. — [6] l. 16. pr. D. de pact. 2, 14; l. 7. l. 8. l. 9. C. h. t. 4, 39; l. 1. l. 2. C. de o. et a. 4, 10. — [7] l. 5. C. quando fisc. 4, 15. — [8] l. 2. C. de o. et a. 4, 10. — [9] l. 18. C. de leg. 6, 37. — [10] l. 33. C. de don. 8, 54.

ist die richtige, denn nur durch sie wird es verständlich, daß der Cessionar im eigenem Namen auftreten darf; daher ist die Behauptung gerechtfertigt, daß dem späteren Römischen Recht eine Singularsuccession in Forderungen bekannt ist; es ist dies ein wahrer Eintritt in die Forderung, ohne daß eine Novation stattfände, daher die accessorischen Rechte und Privilegien auf den Cessionar übergehen (§ 250 unter 2 a); dies wird durch Quellenausdrücke wie obligationem, debitum transferre, donare bestätigt [11]; nur muß dreierlei bedacht werden:

1. Der Form und dem Namen nach bleibt der Cedent der Gläubiger; so wenig dem sog. bonitarischen Eigenthümer die Bezeichnung dominus, noch dem prätorischen Erben die Bezeichnung heres in den Quellen ertheilt wird, ebensowenig darf man die Anwendung des Wortes creditor auf den Cessionar in den Quellen erwarten. Dies ist indeß für die heutige Zeit nicht maßgebend.

2. Die act. utilis suo nomine des Cessionars gehört erst der späteren Entwicklung des Römischen Rechts an; es finden sich aber noch in der Justinianischen Compilation einige Rechtssätze, welche nur mit der früheren Behandlung des Cessionars zu vereinbaren sind; vgl. § 250 Text zu Note 3 und 4.

3. Der Umstand, welcher die a. utilis des Cessionars begründet (Veräußerungsgeschäft, gesetzliche Vorschrift), ist an sich dem Schuldner unbekannt; er darf daher selbst nach geschehener Cession den Cedenten solange als Gläubiger behandeln (z. B. an ihn zahlen, mit ihm compensiren) [12], als er von der Cession keine Kenntniß hat. Es besteht aber darüber ein Streit, ob jede irgendwie (wenn nur sicher) erlangte Kenntniß oder nur eine directe Benachrichtigung (Denunciation) Seitens des Cessionars (oder auch des Cedenten, wie Einige wollen) den Schuldner an den Cessionar bindet. In den Quellen wird die Denunciation ebenso oft übergangen als erwähnt [13] — ein Beweis, daß die Denunciation nicht geboten, aber gerathen ist; es hat nämlich der Cessionar dringende Veranlassung, die Kenntniß des Schuldners nicht dem Zufall zu überlassen.

II. Dogmatische Darstellung.

A. § 249. Begriff und Art der Cession.

Vangerow, § 574.

Die Cession ist die selbständige Uebertragung einer Forderung von dem bisherigen Gläubiger auf einen Anderen. Dieselbe geschieht

1. Durch die Willenserklärung Seitens des bisherigen Gläubigers, daß er einem Anderen die Forderung oder deren Einziehung für sich selbst

---

[11] l. 23. C. mand. 4, 35; l. 2. § 8. D. h. t.; l. 5. § 2. D. qu. m. p. 20, 5; l. 64. § 4. D. sol. matr. 24, 3; l. 64. pr. D. ad sct. tr. 36, 1. — [12] l. 23. § 1. D. h. t. 18, 4; l. 17. D. de transact. 2, 15. — [13] Vgl. einerseits l. 3. C. de nov. 8, 42; l. 4. C. quae res. p. 8, 17; andererseits l. 17. D. de transact. 2, 15; l. 18. pr. D. de p. a. 13, 7.

übertrage. Die Zustimmung des Schuldners ist nicht nothwendig[1]. Der (abstracte) Wille, die Forderung zu übertragen, verfolgt (wie der animus dominii transferendi bei der Tradition, § 131 Note 14) einen concreten Zweck (causa cessionis), von welchem dieselben Grundsätze gelten, wie von der causa traditionis. — Die Willenserklärung ist überflüssig, wenn die causa cessionis in einem von dem bisherigen Gläubiger eingegangenen Veräußerungsgeschäft besteht, wie Kauf, Legat, Dosbestellung, Schenkung (vgl. den Text des § 248 bei Note 6—10); man nennt dann das Cessionsgeschäft cessio voluntaria; im Gegensatz hiezu heißt cessio necessaria dasjenige Cessionsgeschäft, welchem eine gesetzliche Verpflichtung zu Grunde liegt, z. B. der zahlende Correal- oder Solidarschuldner bedient sich des benef. cedendarum actionum (§ 245 Note 13. § 246 Note 14).

2. Durch richterliche Anordnung, sei es in dem einen Theilungsproceß beendenden Urtheil[2], sei es behufs der Execution irgend eines Urtheils; letzteren Falles liegt eine Ueberweisung an Zahlungsstatt vor; diese ist nach der Reichscivilproceßordnung § 736 ff. nur bei Geldforderungen zulässig; sie hat (wie auch in den Motiven zur Reichscivilproceßordnung bemerkt wird) die Natur einer datio in solutum (§ 225 unter 2).

3. Durch unmittelbare Bestimmung des Gesetzes (cessio legis). Es besteht aber ein Streit, ob Jeder, welcher einen gesetzlichen Anspruch zur Abtretung einer Forderung hat, sofort als Cessionar auftreten dürfe, oder ob dies nur in einzelnen wenigen Fällen gelte[3]; die erste Ansicht ist gegen deutliche Quellenzeugnisse[4]. Wahre Fälle der cessio legis sind folgende: einige Solidarschuldner können, wenn sie das Ganze gezahlt haben, von den Genossen die sie betreffenden Theile kraft Rechtsvorschrift fordern (§ 246 Note 15); der verletzte Pflichttheilserbe, welcher die Rescission des Testaments herbeigeführt hat, kann die vom testamentarischen Erben ausgezahlten Vermächtnisse von den Empfängern kraft Rechtsvorschrift zurückfordern[5].

B. Rechtsverhältnisse

1) § 250. des Cedenten und des Cessionars zu dem Schuldner.

Vangerow, § 575.

1. Der Cedent verliert sofort nach geschehener Cession (und nicht erst, wie Viele meinen, mit der Denunciation) seine Forderung[1]; daraus folgt namentlich, daß er durch eine zweite Cession dem neuen Cessionar nichts überträgt. Doch kann der Schuldner, so lange er von der Cession nicht unterrichtet ist, den Cedenten als Gläubiger behandeln[2], ebenso den zweiten Cessionar, wenn er von der ersten Cession keine Kenntniß hat. Von der älteren Rechtsauffassung sind durch Versehen folgende Ueberreste

---

[1] l. 3. C. h. t. 4, 39; l. 1. C. de nov. 8, 42. — [2] l. 3. D. fam. erc. 10, 2. — [3] l. 57. D. de leg. 1. (30); l. 1. §§ 13. 14. D. de tut. 27, 3; l. 4. D. de his qui eff. 9, 3; l. 8. § 16. D. de inoff. 5, 2; l. 2. D. qu. ex f. 26, 9. — [4] l. 11. C. de fid. 8, 41; l. 49. § 2. D. de a. p. 41, 2; § 4. I. de fideijuss. 3, 20. — [5] l. 8. § 16. D. de inoff. test. 5, 2.

[1] l. 16. pr. D. de pact. 2, 14; l. 18. pr. D. de p. a. 13, 7; l. 26. D. de proc. 3, 3. — [2] S. den Text des § 248 bei Note 2.

in die Justinianische Compilation aufgenommen worden: a) daß der Cedent nach der Cession eine Bestellung von Pfändern oder Bürgen giltig entgegen nehmen kann [3]; b) daß, wenn der Cedent nach der Cession den Schuldner beerbt, die cedirte Forderung durch Confusion untergeht [4]; diese beiden Rechtssätze dürfen heut nicht mehr als giltig angesehen werden.

2. Umgekehrt erwirbt der Cessionar sofort nach geschehener Cession (und nicht erst, wie Viele meinen, mit der Denunciation) die Forderung, und er kann über dieselbe in jeder Weise verfügen, z. B. sie erlassen, zur Compensation stellen, veräußern [5]. Er kann sie ganz in demselben Umfang und nur in dem Umfang ausüben wie der Cedent [6]; denn die Auffassung des späteren Rechts (wonach der Cessionar als Gläubiger gilt) mußte in dieser Beziehung alle Consequenzen der älteren Rechtsauffassung (wonach der Cessionar bloß Vertreter des Gläubigers ist) festhalten, da sonst entweder der Cessionar oder der Schuldner zu Schaden käme. Daraus folgt:

a. Dem Cessionar stehen nicht nur alle accessorischen Rechte (an Pfändern und Bürgen) [7], sondern auch die Privilegien zu, und zwar nicht bloß die privil. causae, sondern auch personae cedentis, z. B. das fiscalische Zins- und Pfandprivileg [8], weil sonst die Forderung in der Hand des Cessionars an Werth verlöre; doch nehmen die Quellen die persönlichen Vorzugsrechte im Concurse (privil. exigendi personae) aus [9] — was verschiedentlich zu erklären versucht, aber kaum zu rechtfertigen ist. — Proceßprivilegien des Cedenten (z. B. privilegirter Gerichtsstand, Cautionsfreiheit) stehen dem Cessionar nicht zu; denn sie berühren nicht die Forderung.

b. Ob der Cessionar von seinen eigenen persönlichen Privilegien Gebrauch machen kann, ist bestritten, und nach richtiger Meinung zu verneinen (außer bei Proceßprivilegien), weil sonst der Schuldner durch die Cession zu Schaden käme. Quellenzeugnisse fehlen [10].

c. Alle Einreden, die der Schuldner dem Cedenten entgegensetzen konnte (z. B. die Einrede der Compensation), kann er, sofern sie vor seiner Kenntniß von der Cession entstanden sind, auch dem Cessionar entgegensetzen; doch wollen Viele solche Einreden ausnehmen, welche auf die Person des Gläubigers beschränkt sind (§ 92 Note 12), z. B. die Einrede aus dem benef. competentiae, aus dem pact. de non petendo in personam — mit Unrecht, da dann der Schuldner durch die Cession in eine schlechtere Lage gerathen würde; Quellenzeugnisse fehlen auch hier.

d. Bestritten ist, ob der Cessus sich mit der Behauptung vertheidigen könne, daß die Cession simulirt sei; da der Cessus unbedingt befugt ist, die Mängel der causa cessionis insofern zu rügen, als dadurch die Activlegitimation des klagenden Cessionars verhindert wird, so ist die Frage zu

---

[3] l. 6. D. h. t. 18, 4. — [4] l. 20. pr. D. h. t. 18, 4. — [5] l. 13. § 1. l. 16. D. de pact. 2, 14; l. 17. § 3. D. de jurej. 12, 2; l. 18. D. de comp. 16, 2; l. 33. C. de don. 8, 54. — [6] l. 8. C. h. t. 4, 39. — [7] l. 6. l. 23. pr. D. h. t. 18, 4; l. 6. l. 7. C. de o. et a. 4, 10; l. 14. C. de fid. 8, 41. — [8] l. 43. D. de us. 22, 1; l. 2. C. de his qui in pr. l. 8, 19; l. 7. D. de priv. f. 7, 73. — [9] l. 42. D. de adm. et per. 26, 7. — [10] Die früher angeführten l. 6. D. de iure fisci 49, 14 und l. 17. § 6. D. de us. 22, 1 handeln von einer Universalsuccession.

bejahen; die Behauptung der Gegner, daß die Einrede der Simulation für den Cessus ohne Interesse sei, ist unrichtig; man denke an Eideszuschiebung und Widerklage.

2) § 251. des Cedenten und des Cessionars untereinander.

Schliemann, die Haftung des Cedenten. 1848. — Vangerow, § 575.

1. Die Verbindlichkeiten des Cedenten sind folgende: Er muß in allen Fällen (d. h. ohne Rücksicht auf die causa cessionis) den Cessionar bei der Geltendmachung der Forderung in jeglicher Weise unterstützen, namentlich ihm die Beweismittel an- und herausgeben[1]; er muß ferner Alles, was er von dem Schuldner einzieht, dem Cessionar herausgeben[2]. Die Frage hingegen, ob er für die Existenz der Forderung (für nomen verum, Verität der Forderung, debitorem esse) resp. für ihre Realisirbarkeit (für nomen bonum, Bonität der Forderung, locupletem debitorem esse) einstehe, ist nach der causa cessionis zu beantworten: der Schenker haftet für keines von beiden, der Verkäufer für Verität[3], der Verwalter eines Vermögens, welcher letzteres ganz oder theilweis in Forderungen angelegt hat, für Verität und Bonität; diese Bestimmungen werden jedoch oft durch besonderes pactum adiectum geändert.

2. Die Verbindlichkeiten des Cessionars bestimmen sich nach der causa cessionis: der Käufer muß den Kaufpreis zahlen, u. s. w.

C. § 252. Zulässigkeit resp. Unzulässigkeit der Cession.

Vangerow, § 574.

I. Die Cession ist in der Regel bei allen Forderungen zulässig, auch bei bedingten, betagten, zukünftigen, nach bestrittener aber richtiger Meinung auch bei naturalen und bei accessorischen (z. B. bei Zinsforderungen). Bei zweiseitigen Obligationen kann jeder Theil zwar seine Forderung cediren, befreit sich jedoch dadurch nicht von seiner Schuld; daher ist nach Röm. Recht ein zweiseitiger Vertrag als Ganzes durch Cession nicht übertragbar; anders nach heutigem Recht, — wegen der modernen Schuldübernahme (§ 254 unter IV). Ob der Miether sein Miethrecht cediren könne, ist bestritten und nach richtiger Meinung zu bejahen[1].

II. In einigen Fällen ist die Cession unzulässig, und falls sie dennoch geschieht, nichtig. Es gilt dies a) bei solchen Forderungen, welche in Bezug auf den Gläubiger höchstpersönlich sind, z. B. die Obligation auf Gewährung eines Nießbrauchs, auf Alimentation, auf Leistung von Diensten[2], nach richtiger Meinung auch die Obligation, welche mit einer actio vindictam spirans (§ 82) geltend gemacht wird; b) nach kaiserlichen Verordnungen[3] dürfen streitige Forderungen nicht cedirt werden, außer bei Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias, bei Vergleichen, bei Erbtheilungen, und in Folge von Vermächtnissen; dieses Verbot ist durch

[1] l. 28. l. 55. D. de proc. 3, 3; l. 6. l. 14. pr. l. 23. pr. D. h. t. 18, 4. — [2] l. 23. § 1. D. h. t. 18, 4. — [3] l. 4. l. 5. D. h. t. 18, 4; l. 74. § 3. D. de ev. 21, 2; cf. l. 10. l. 11. l. 12. D. h. t. 18, 4; l. 18. § 3. D. de don. 39, 5; l. 75. §§ 1. 2. D. de leg. 1. (30); l. 31. pr. D. de a. e. v. 19, 1.

[1] cf. l. 58. pr. D. loc. 19, 2; l. 53. pr. D. de a. e. 19, 1. — [2] l. 9. § 1. D. de op. lib. 38, 1. — [3] l. 3. l. 4. C. de lit. 8, 39.

§ 236 der Reichscivilproceßordnung beseitigt; c) nach mehreren neueren Reichsgesetzen [3a] ist die Cession (Verpfändung, Anweisung, Beschlagnahme) der Vergütung für Arbeiten oder Dienste, sowie der Diensteinkünfte (Wartegelder und Pensionen) von Beamten und Militärpersonen, endlich des Anspruchs auf Unterstützung an eine eingeschriebene Hilfscasse (§ 30 Nr. 8) in der Regel nichtig.

III. In einigen Fällen soll die Cession nicht an gewisse Personen erfolgen; die Uebertretung des Verbots zieht die vollständige Befreiung des Schuldners nach sich. Die Fälle sind folgende: a) Niemand soll seine Forderung an einen Mächtigeren (potentior) cediren [4]; die Streitfragen, welche diese Vorschrift von Theodosius und Honorius hervorgerufen, sind ohne dogmatisches Interesse, da es heut keine potentiores gibt; b) nach deutschen Reichsgesetzen soll der Jude die Forderung, die er an einen Christen hat, nicht einem Christen cediren [5]; auch dieses Gesetz ward in der Praxis schon lange nicht beobachtet und ist durch das Bundesgesetz vom 3. Juli 1869 (§ 28 a. E.) auch formell für aufgehoben zu erachten; c) der Gläubiger eines Mündels soll seine Forderung nicht dem Vormund cediren, und zwar soll dies selbst nach beendeter Vormundschaft nicht geschehen, wenn die Forderung bereits zur Zeit der Vormundschaft entstanden war [6]. — Von Vielen wird behauptet, daß einem Hauskinde nicht eine Forderung an den Vater cedirt werden könne; dieser Satz galt in classischer Zeit [7], ist aber mit der späteren Vermögensfähigkeit der Hauskinder unverträglich.

D. § 253. Lex Anastasiana.

Vangerow, § 576.

Nach einem Gesetz von Kaiser Anastasius [1] darf der Cessionar, wenn er die Forderung durch Kauf für weniger als den Nennwerth erworben, nicht mehr als den gezahlten Preis nebst landesüblichen Zinsen vom Schuldner verlangen; nach einem Nachtragsgesetz von Justinian [2] soll, wenn das Gesetz dadurch umgangen wird, daß die Forderung zum Theil gekauft, zum Theil geschenkt wird, oder dadurch, daß die ganze Forderung zum Schein geschenkt wird, gleichfalls bloß das Gegebene vom Schuldner geleistet werden. Von dem Ueberschuß wird der Schuldner frei. Das Gesetz bezieht sich, wie ausdrücklich bestimmt ist, nur auf den Kauf von Forderungen, nicht auf kaufähnliche Geschäfte, wie Auseinandersetzung unter Miterben, Hingabe an Zahlungsstatt, Abfindung. Aber auch bei Käufen hat die Praxis und Doctrin das Gesetz eingeschränkt (namentlich ihm die Inhaberpapiere und Wechsel entzogen), weil das Princip des Gesetzes, wonach aus dem Handel mit Forderungen angeblich eine Bedrückung des Schuldners hervorgehe, anerkanntermaßen unrichtig ist; neuere Particulargesetzgebungen und das allgemeine deutsche Handelsgesetz-

[3a] Reichsgesetz vom 21. Juni 1869; vom 31. März 1873 § 6; vom 2. Mai 1874 § 45; vom 7. April 1876 § 10. — [4] l. 2. C. ne lic. pot. 2, 14. — [5] R.A. v. 1551. § 79; R.P.O. v. 1577. Tit. 20. § 4. — [6] Nov. 72. c. 5. — [7] l. 4. D. de jud. 5, 1; l. 7. D. de o. et a. 44, 7.

[1] l. 22. C. mand. 4, 35. — [2] l. 23. C. eod. 4, 35.

buch Art. 299 haben deshalb das Gesetz ganz aufgehoben. — Es besteht eine Controverse, ob der Cessionar oder der Schuldner beweisen müsse, wieviel der erstere an den Cedenten gezahlt habe. Die herrschende Ansicht, wonach der Beweis dem Cessionar obliegt, ist sowohl nach den Worten des Gesetzes als nach der Absicht des Gesetzgebers zu billigen; denn in der Regel ist der Schuldner nicht in der Lage, die Höhe des Kaufpreises anzugeben, geschweige denn zu beweisen, mithin würde das Anastasische Gesetz, falls dem Schuldner der Beweis auferlegt würde, unangewendet bleiben.

Zweiter Titel.

Die Uebernahme fremder Schulden (Intercession).

t. D. XVI, 1; C. IV, 29: ad sctum Velleianum. — Kattenhorn, über Intercessionen der Frauen nach Römischem Recht. 1840. — Bachofen, ausgewählte Lehren des Römischen Civilrechts. 1848. — Girtanner, die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht. 1851. — Hasenbalg, Beiträge zur Lehre von der Intercession. 1856. — Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und Preußischem Recht. 1853; vgl. auch die Literatur zu § 217.

I. § 254. Der Begriff der Intercession und seine Anwendungen.

Vangerow, § 577.

I. Römischer Begriff. Die Schuldübernahme (intercessio, auch interventio) ist der Vertrag zwischen einem Gläubiger und einem Dritten, worin der letztere die Schuld eines Anderen auf sich nimmt. Es enthält demnach jede Intercession drei wesentliche Merkmale: 1) es muß Jemand eine Schuld auf sich nehmen, 2) und zwar eine fremde Schuld, 3) durch einen Vertrag mit dem Gläubiger.

II. Anwendungen des Begriffs. Jene drei Merkmale finden sich in mehreren Geschäften vor, welche mit einander verglichen von verschiedenem Inhalt sind:

1. In der Expromission, d. h. es übernimmt Jemand eine bereits bestehende Verbindlichkeit und zwar so, daß der bisherige Schuldner befreit wird. Es geschieht dies durch einen novirenden Vertrag (bei den Römern durch Stipulation und Literalcontract), nach heutigem Recht durch formlosen Vertrag (§ 266 a. E.) oder durch einen novationsähnlichen Act (durch die defensio im Proceß)[1]. In den Quellen wird die Bezeichnung expromissio, sowohl bei Wechsel des Gläubigers als des Schuldners gebraucht[2] und ferner ohne Rücksicht darauf, ob der neue Schuldner sich dem Gläubiger freiwillig oder zufolge Abrede mit dem bisherigen Schuldner (Delegation, § 307) stellt[3]. Der heutige Sprachgebrauch beschränkt aber jene Bezeichnung auf den Fall, daß sich Jemand an Stelle des bisherigen Schuldners ohne vorherige Abrede mit ihm seinem Gläubiger verpflichtet.

2. In der Bürgschaft, d. h. es übernimmt Jemand die

[1] l. 2. § 5. l. 23. l. 26. D. h. t. 16, 1. — [2] l. 36. D. de j. d. 23, 3; l. 31. § 3. D. de m. c. don. 39, 6. — [3] l. 22. D. h. t. 16, 1; l. 53. D. de contr. e. 18, 1; l. 4. § 3. D. de re j. 42, 1.

Verbindlichkeit eines Anderen accessorisch, so daß der Andere (Hauptschuldner) verpflichtet bleibt (§ 258).

3. In der Bestellung eines Pfandes für eine fremde Schuld (vgl. unter Note 6.)

4. Man rechnet zu den Intercessionsgeschäften auch die sog. tacita intercessio, d. h. es geht Jemand eine Verbindlichkeit ein, die ein Anderer, welcher allein ein Interesse daran hat, hätte eingehen sollen (z. B. es nimmt Jemand ein Darlehn für einen Anderen auf)[4]. — Die tacita intercessio ist auch in der Weise denkbar, daß Jemand zusammen mit einem Anderen und lediglich in dessen Interesse sich als Correalschuldner verpflichtet[5].

Man nennt die Fälle 1. und im ersten Satz von 4. privative Intercession, die Fälle 2. 3. und im zweiten Satz von 4. cumulative Intercession[6].

III. Dahingegen gibt es eine Reihe ähnlicher Geschäfte, welche keine Intercession enthalten, weil in ihnen das eine oder andere der oben aufgeführten drei Merkmale fehlt.

1. Derjenige nimmt nicht eine fremde Schuld auf sich, welcher sie bezahlt[7] oder statt der Bezahlung etwas an Zahlungsstatt hingibt[8] oder seinen Schuldner dem fremden Gläubiger delegirt[9], ferner wer auf ein Recht (namentlich auf ein Pfandrecht)[10] verzichtet.

2. Derjenige nimmt nur scheinbar eine fremde Obligation auf sich, welcher es im eigenen Interesse thut: prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipit[11]; dies ist der Fall, wenn Jemand eine Erbschaft, in welcher sich Passiva vorfinden, kauft oder antritt[12], wenn Jemand die Obligation seines Vertreters übernimmt, überhaupt Desjenigen, der ein Regreßrecht gegen ihn hat[13]; ferner wenn Jemand für eine Gegenleistung eine fremde Schuld übernimmt (z. B. Jemand empfängt Geld, um es an einen fremden Gläubiger zu bezahlen, aber anstatt es abzuliefern, expromittirt er den bisherigen Schuldner[14], oder Jemand delegirt seinen Schuldner seinem Gläubiger und verbürgt sich zugleich für den Delegaten bei dem Delegatar)[15]; ferner (was Einige bestreiten) wenn Jemand um zu schenken intercedirt[16].

3. Derjenige übernimmt nicht eine fremde Schuld, welcher nur dem Schuldner (nicht dem Gläubiger) die Uebernahme verspricht; dies ist der Fall, wenn Jemand das Risico einer Handlung oder Unterlassung eines Anderen übernimmt, aus welcher der Handelnde resp. Unterlassende Schuldner werden könnte (z. B. es beauftragt Jemand den Vormund, die Mündelgüter nicht zu veräußern, indem er ihm hiefür Indemnität verspricht[17]; es bewegt Jemand einen Anderen zur Antretung einer Erbschaft dadurch, daß er ihm wegen der Erbschaftsschulden Indem-

[4] l. 8. § 14. l. 11. l. 12. D. h. t. 16, 1; l. 3. l. 4. l. 10. C. h. t. 4, 29. — [5] l. 4. C. de d. r. 8, 40. — [6] l. 8. pr. l. 32. § 1. D. h. t. 16, 1; l. 5. l. 7. C. h. t. 4, 29. — [7] l. 4. § 1. D. h. t. 16, 1; l. 4. l. 9. C. h. t. 4, 29. — [8] l. 5. D. h. t. 16, 1. — [9] l. 8. § 5. D. h. t. 16, 1. — [10] l. 8. pr. l. 11. l. 21. C. h. t. 4, 29. — [11] l. 13. pr. D. h. t. 16, 1. — [12] l. 13. pr. l. 19. § 3. l. 32. pr. D. h. t. 16, 1. — [13] l. 3. l. 13. pr. D. h. t. 16, 1. — [14] l. 22. D. h. t. 16, 1. — [15] l. 27. § 2. D. h. t. 16, 1; l. 2. C. h. t. 4, 29. — [16] l. 4. § 1. D. h. t. 16, 1; dies besagt auch die sehr bestrittene l. 13. C. h. t. 4, 29. — [17] l. 8. § 1. l. 19. § 1. D. h. t. 16, 1.

nität verspricht)[18]; — anders wenn das Risico bezüglich eines Geschäfts übernommen wird, woraus der handelnde Gläubiger werden soll (z. B. Jemand bewegt Denjenigen, der sich von einer angetragenen Vormundschaft excusiren will, zur Uebernahme der Vormundschaft dadurch, daß er ihm Schadloshaltung bezüglich aller Auslagen für den Mündel verspricht[19]; Jemand bewegt einen Anderen zur Antretung der Erbschaft dadurch, daß er ihm für die Güte der Erbschaftsforderungen aufzukommen verspricht)[20].

IV. Moderne Modification des Römischen Rechts. Dem alten Civilrecht ist weder die Singularsuccession in eine Forderung noch diejenige in eine Schuld bekannt; in der mittleren Kaiserzeit trat zwar hinsichtlich der Singularsuccession in eine Forderung eine Aenderung ein (§ 248 N. 11); hingegen ist die Singularsuccession in eine Schuld dem Römischen Recht zu allen Zeiten fremd geblieben; daher bewirkt die Expromission eine Novation: die bestehende Obligation geht unter, die neu entstehende tritt an ihre Stelle, ohne daß die Accessionen der bisherigen Obligation (Bürgen, Pfänder, Straf- und Zinsversprechen, Privilegien, Erweiterungen durch Mora oder Culpa) auf sie übergehen (§ 261 N. 11), und ohne daß die gegen die bisherige Obligation zulässigen Einreden der neuen Obligation entgegenstehen (§ 261 N. 7 f.). Nach der Ansicht der Germanisten ist aber heutzutage eine wahre Singularsuccession in die Schuld zulässig. Wenn nämlich ein Dritter durch Vertrag, es sei mit dem Gläubiger oder mit dem Schuldner, eine Schuld übernimmt (— in letzterem Fall bedarf es der Zustimmung des Gläubigers, dieselbe kann auch stillschweigend erklärt werden, z. B. dadurch, daß der Gläubiger den Schuldübernehmer auf Zahlung belangt —), so geschieht keine Novation, vielmehr geht die Schuld auf den Uebernehmer so über, wie sie in der Person des bisherigen Schuldners stattfand d. h. mit ihren Accessionen und ihren Einreden; die bisherige Obligation bleibt also bestehen, und es tritt nur ein Wechsel in der Person des Schuldners ein. Der Hauptfall der Schuldübernahme ist die Uebernahme der Hypothekenschulden Seitens des Käufers eines Grundstücks. Die nähere Darstellung dieser Materie gehört in das Deutsche Privatrecht.

II. Praktische Bedeutung der Intercession.

A. § 255. Das Sct. Velleianum.

Vangerow, § 581.

So verschieden auch der Inhalt der im vorigen § aufgezählten Intercessionsgeschäfte ist, so stimmen sie doch darin überein, daß sie durch eine seit Beginn der Kaiserzeit schrittweise geschehene Rechtsentwicklung den Frauen verboten wurden; angeblich weil die Intercession sich für Frauen nicht schicke (cum feminas virilibus officiis fungi non sit aequum)[1] und weil sie sie leichtsinnig vornehmen (infirmitas feminarum auxilium meruit)[2]. Unter August und Claudius wurde den Ehefrauen die Inter-

[18] l. 19. pr. D. h. t. 16. 1. — [19] l. 6. § 1. C. h. t. 4. 29. — [20] l. 19. § 4. D. h. t. 16, 1.

[1] l. 2. § 1. D. h. t. 16, 1. — [2] l. 2. § 3. D. h. t. 16, 1.

cession für ihre Ehemänner untersagt; unter Claudius im Jahr 46 n. Chr. erging dann das sctum Velleianum, wodurch allen Frauen verboten ward, sich für Andere durch Fidejussio zu verbürgen, sowie Darlehne aufzunehmen[3]; durch Responsa der Juristen wie durch kaiserliche Rescripte wurde das Verbot auf alle Intercessionsgeschäfte ausgedehnt[4]. Danach leidet die Intercession einer Frau an einer relativen Nichtigkeit (§ 64 unter I. 1)[5]; die Frau (sowie wer für sie gebürgt[6] oder ein Pfand bestellt[7], ferner Derjenige, welcher im Auftrage einer Frau intercedirt hat)[8] kann sich gegen jeden Anspruch des Gläubigers (selbst noch in der Executionsinstanz)[9] durch die exceptio scti Vellei. schützen[10]; wenn die Frau aber aus Unkenntniß ihrer Einrede die übernommene Obligation erfüllt, so kann sie die Wiedererstattung verlangen; das Recht auf Wiedererstattung macht sie, wenn es sich um vorhandene körperliche Sachen handelt, mit der rei vindicatio geltend (denn der Gläubiger erwirbt kein Eigenthum[11], § 131 N. 16), sonst mit einer condictio[12]; das wissentlich Gezahlte kann sie nicht zurückfordern[13]. — Damit der Gläubiger nicht zu Schaden komme, werden ihm im Falle der Expromission alle Ansprüche gegen den früheren Schuldner zurückgegeben[14]; im Fall der sog. tacita intercessio wird ihm ein Anspruch gegen Denjenigen gegeben, für welchen die Frau intercedirte, und zwar so, wie er ihn ohne die Intercession der Frau erworben hätte[15]. Die Klagen, mit welchen die zurückgegebenen Ansprüche geltend gemacht werden, heißen in den Quellen actiones restitutoriae oder rescissoriae; in Nachahmung hievon nennen die Neueren im Falle der tacita intercessio die Klage: actio institutoria; denn „instituit magis quam restituit obligationem“[16]. — In folgenden Fällen kommen die vorstehenden Vorschriften nicht in Anwendung: 1) wenn die Intercedentin den Gläubiger getäuscht hat[17]; 2) wenn der Gläubiger aus entschuldbarem Irrthum nicht wußte, daß die Frau intercedire[18]; es wird dies namentlich bei der sog. tacita intercessio der Fall sein[19], sowie wenn die Frau das Geschäft durch eine untergeschobene Person abschließt[20] (vgl. oben Note 8); 3) wenn der Gläubiger minderjährig und zugleich der Hauptschuldner insolvent ist[21]; es collidirt in diesem Falle das Privilegium eines Minderjährigen mit dem einer Frau, und es geht das erstere vor (§ 13 N. 16); 4) wenn die Intercession zu Gunsten der Bestellung einer Dos geschah[22]; der Grund ist ähnlich dem zu 3; 5) nach einer Verordnung Justinians[23] auch dann, wenn die Frau nach Ablauf von zwei Jahren die Intercession wiederholt hat.

---

[3] l. 2. pr. § 1. D. h. t. 16, 1. — [4] l. 1. pr. l. 2. § 4. D. h. t. 16, 1. — [5] l. 1. § 2. D. h. t. 16, 1. — [6] l. 16. § 1. D. h. t. 16, 1; l. 14. C. h. t. 4, 29. — [7] l. 2. D. quae res p. 20, 3. — [8] l. 6. l. 7. l. 30. § 1. l. 32. § 3. D. h. t. 16, 1; l. 15. C. h. t. 4, 29. — [9] l. 11. D. ad sct. Mac. 14, 6. — [10] tt. D. et C. passim. — [11] l. 32. §§ 1. 2. D. h. t. 16, 1; l. 39. § 1. l. 40. D. de r. v. 6, 1. — [12] l. 40. pr. D. de c. i. 12, 6; l. 8. § 3. D. h. t. 16, 1; l. 9. C. h. t. 4, 29. — [13] l. 9. C. h. t. 4, 29. — [14] l. 1. § 2. l. 8. §§ 7—13. l. 9. l. 13. § 2. l. 14. D. h. t. 16, 1; l. 16. C. h. t. 4, 29. — [15] l. 8. §§ 14. 15. D. h. t. 16, 1. — [16] l. 8. § 14. cit. — [17] l. 2. § 3. l. 30. pr. D. h. t. 16, 1; l. 5. l. 18. C. h. t. 4, 29. — [18] l. 12. l. 17. § 1. D. h. t. 16, 1; l. 1. C. h. t. 4, 29. — [19] l. 4. pr. l. 11. l. 27. pr. l. 28. § 1. D. h. t. 16, 1. — [20] l. 6. D. h. t. 16, 1. — [21] l. 12. D. de min. 4, 4. — [22] l. 12. l. 25. C. h. t. 4, 29. — [23] l. 22. C. h. t. 4, 29; Nov. 61. c. 1. § 1.

B. § 256. Gesetze Justinians.

Vangerow, § 581.

I. Nach der l. 23. § 2. C. h. t. IV, 29 soll jede Intercession einer Frau in einer öffentlichen und von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde erklärt werden. Ueber das Verhältniß dieses Gesetzes zu dem vorjustinianischen Recht haben sich drei Meinungen gebildet. Nach einer (von wenigen Neueren aufgestellten) Ansicht ist bei beobachteter Form jede Intercession giltig, bei vernachlässigter Form nur dann, wenn einer der § 255. 1—5 aufgezählten Ausnahmefälle vorliegt; diese Ansicht ist zwar sehr ansprechend, steht aber in directem Widerspruch mit den Worten des Gesetzes. Nach einer anderen (vom Glossator Bulgarus aufgestellten) Meinung ist die Intercession der Frau bei vernachlässigter Form absolut null, ipso iure ungiltig (so daß der Richter darauf von Amtswegen Rücksicht nehmen muß), bei beobachteter Form ist sie relativ null, sie wird dadurch nichtig, daß die Intercedentin sich der exc. scti Vell. bedient; die von dem sct. Vell. ausgenommenen Fälle (§ 255 Nr. 1—5) fallen nach dieser Ansicht überhaupt nicht unter die Justinianische Verordnung. Offenbar ist diese Meinung unrichtig, weil danach das Gesetz fast inhaltlos ist. Eine dritte (vom Glossator Martinus aufgestellte) Meinung hält die Beobachtung der Form bei jeder Intercession, also auch in den von dem sct. Vell. ausgenommenen Fällen für nothwendig, widrigenfalls die Intercession ipso iure nichtig ist; ist hingegen die Form beobachtet worden, so ist die Intercession in den vom sct. Vellei. ausgenommenen Fällen giltig, in den von dem sct. Vell. nicht ausgenommenen Fällen ist sie relativ nichtig. Diese Meinung ist die jetzt herrschende und richtige. — Zu bemerken ist:

1. Justinian erläßt die Beobachtung der Form für den Fall, daß die Frau für die Intercession belohnt wird; allein in einem solchen Falle liegt keine Intercession (§ 254 unter III. 2) und mithin keine Ausnahme von dem Gesetze vor. Daß er aber in späteren Verordnungen[1] die Intercession der Frau im Interesse einer Dos (und einer Manumission) selbst bei vernachlässigter Form für giltig erklärt habe, das ist nach richtiger Meinung zu verneinen. Selbst diejenige Intercedentin, die sich eines Betrugs schuldig macht, kann bei Mangel der Form nach richtiger Meinung nicht aus ihrem Versprechen, sondern bloß mit einer a. doli belangt werden.

2. Die von Justinian vorgeschriebene Form ist durch die Praxis einigermaßen verändert; der Richter, vor welchem die Intercession erklärt wird, zieht nicht (wie es bei den Römern Sitte war) Zeugen zu; der Notar zieht bloß zwei Zeugen zu.

II. Nach der Nov. 134 c. 8 (aus welcher die sog. Auth. si qua mulier gezogen ist) soll eine Ehefrau, welche einen Darlehnsschein ihres Mannes genehmigt oder unterschreibt und sich selbst oder ihr Vermögen dafür verpflichtet, nicht haften, gleichviel ob die Erklärung in einer privaten oder öffentlichen Urkunde, ob sie einmal oder wiederholentlich abge-

[1] l. 24. l. 25. C. h. t. 4, 29.

geben worden; ausgenommen ist der Fall, daß das empfangene Capital zum Besten der Frau verwendet worden ist (weil dann die Frau nicht intercedirt, sondern für sich contrahirt hat). Die Theorie und Praxis beziehen die Novelle auf jede dem Gläubiger erkennbare Intercession der Ehefrau für ihren Mann. Dagegen besteht der Streit, ob die von dem sct. Vell. ausgenommenen Fälle auch von der Novelle auszunehmen seien, was zu verneinen ist. Streitig ist ferner, ob auch, wenn die Ehegatten zusammen ein Darlehn aufnehmen und einen Schuldschein gemeinschaftlich ausstellen, die Novelle Anwendung finde; es ist dies nicht allgemein zu bejahen, sondern erst dann, wenn (was von der Ehefrau zu beweisen ist) hierin eine dem Gläubiger erkennbare Intercession der Ehefrau gelegen hat.

C. § 257. Die mittelalterliche und moderne Rechtsentwickelung.

I. Im Mittelalter sind die Bestimmungen des Römischen Rechts dreifach geändert worden:

1. Nach einem Gewohnheitsrecht ist die Intercession der Handelsfrau stets giltig, selbst dann, wenn sie nicht förmlich erklärt wird, sowie auch dann, wenn eine Ehefrau für ihren Ehemann intercedirt.

2. Nach der auf die Grundsätze des Canonischen Rechts über den Eid (§ 218) sich stützenden Praxis ist die eidliche Intercession der Frau stets giltig.

3. Nach einem auf das Römische Recht sich stützenden Gewohnheitsrecht (— es ist dort in einigen Fällen ein wirksamer Verzicht schon anerkannt[1] —) ist die Intercession der Frau stets dann giltig, wenn letztere nach vorangegangener Belehrung durch den instrumentirenden Richter oder Notar auf die ihr zustehende Rechtswohlthat verzichtet. Die Wirksamkeit des Verzichts setzt immer die Beobachtung der Justinianischen Formvorschrift voraus; bei Ehefrauen muß, wie Viele meinen, der Verzicht eidlich abgegeben werden.

II. Modernes Recht. Durch die Zulässigkeit der eidlichen Bestärkung resp. des Verzichts ist im Grunde genommen das Princip des sct. Vell. aufgegeben; man muß für das heutige Recht den Grundsatz aufstellen: Die Intercessionen der Frauen müssen, um giltig zu sein, von letzteren entweder eidlich bestärkt oder in einer öffentlichen Urkunde erklärt werden; letzterenfalls muß mit der Erklärung eine Belehrung durch den instrumentirenden Richter oder Notar und ein Verzicht der Frau auf das sct. Vellei. verbunden werden. — Aber selbst diese Beschränkung der Frauen ist in mehreren Particularrechten beseitigt worden; mit Recht: denn die Eidesleistung ist bei privaten Rechtsgeschäften ungeziemend, und die Belehrung durch den Richter resp. Notar sinkt gewöhnlich zu einem bedeutungslosen Act herab.

[1] l. 3. C. quando mulier 5, 35; Nov. 118. c. 5; l. 32. § 4. D. h. t. 16, 1.

III. Insbesondere die Bürgschaft.

Girtanner in dem vor § 254 citirten Buche. — Hasenbalg, die Bürgschaft des Gemeinen Rechts. 1870.

A. § 258. Geschichtliche Einleitung.

Vangerow, §§ 578—580.

Von dem Intercessionsgeschäften bedarf die Bürgschaft einer genaueren Darstellung, sowohl einer historischen als einer dogmatischen. Bürgschaft ist die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in accessorischer Weise d. h. so, daß der bisherige Schuldner verpflichtet bleibt. Das Römische Recht weist eine seltene Fülle von Bürgschaftsgeschäften auf; es kann zum Zweck einer Bürgschaft eine Stipulation, ein Pactum und ein Consensualcontract abgeschlossen werden.

1. Die Bürgschaft durch Stipulation oder die Adpromissio[1]. Das classische Römische Recht unterscheidet nach den gebrauchten Worten drei Institute: die sponsio (idem dari spondes? spondeo), die fidepromissio (idem fide promittis? promitto), die fideiussio (idem fide tua esse iubes? iubeo); in nachclassischer Zeit sind die beiden ersten Institute außer Gebrauch gekommen, so daß im Justinianischen Recht nur das dritte gilt. Alle drei setzen eine giltige, wenn auch eine bloß naturale Obligation voraus[2]; auch dürfen sie für den Adpromissor niemals beschwerender ausfallen als die Hauptobligation für den Hauptschuldner[3], und daher kann der Adpromissor sich nie auf Mehr[4] noch auf etwas Anderes[5] verpflichten als der Hauptschuldner, ferner nicht unbedingt, wenn der Hauptschuldner bedingt verpflichtet ist u. dgl.[6], alles dies bei Strafe der Nichtigkeit[7]; dahingegen ist eine adpromissio in leviorem causam wohl zulässig[8]. Die Anstellung der Klage gegen den Adpromissor befreite nach vorjustinianischem Recht den Hauptschuldner und umgekehrt[9]; doch folgt hieraus nicht, daß (wie die herrschende Meinung annimmt) Hauptschuldner und Adpromissor Correalschuldner sind (§ 246 unter II a. E.). — Im classischen Recht bestanden zwischen der Sponsio und Fidepromissio einerseits und der Fidejussio andererseits bedeutende Unterschiede[10].

2. Das Pactum zum Zweck einer Bürgschaft oder das constitutum debiti alieni[11]. Das constitutum debiti ist das Versprechen, eine geschuldete Leistung zu bestimmter Zeit zu zahlen (§ 264). Wird es von einem Anderen als dem Schuldner abgegeben (const. debiti alieni), so involvirt es eine Sicherung des Gläubigers und demgemäß eine Bürgschaft; allein weil es nicht direct eine Bürgschaftsübernahme, sondern ein Zahlungsversprechen ist, so ist es von der Hauptschuld unabhängiger als

---

[1] Gaius 3, 115—127; t. I. 3, 20: de fideiussoribus; t. D. 46, 1; C. 8, 41: de fideiussoribus et mandatoribus. — [2] l. 6. D. de v. o. 45, 1; l. 70. § 4. l. 6. § 2. l. 7. l. 16. §§ 3. 4. D. h. t. 46, 1; § 1. I. h. t. 3, 20; widersprechend ist die l. 25. D. h. t. 46, 1, deren Erklärung bisher nicht gelungen ist. — [3] l. 8. § 7. D. h. t. 46, 1; Gai. 3, 126. — [4] § 5. I. h. t. 3, 20. — [5] l. 42. D. h. t. 46, 1. — [6] l. 8. §§ 7—12. l. 16. §§ 1. 2. l. 34. l. 70. D. h. t. 46, 1. — [7] l. 8. § 7. D. h. t. 46, 1. — [8] l. 8. § 7. l. 34. D. h. t. 46, 1. — [9] l. 28. C. h. t. 8, 41. — [10] Gai. 3, 119. sqq. — [11] t. D. 13, 5; C. 4, 18: de pecunia constituta.

die Adpromissio. Zwar setzt es gleichfalls eine wenigstens naturaliter giltige Hauptschuld voraus[12], allein die Vergrößerung der Hauptschuld durch Culpa oder Mora, sowie der Untergang der Hauptschuld durch Verjährung[13], Auflösung des Peculium[14], ja selbst die Zahlung einer Correalforderung an denjenigen Correalgläubiger, welcher das Constitut nicht abgeschlossen hat[15], äußert keinen Einfluß auf die Verpflichtung des Constituenten; ferner ist es bezüglich der Zeit und des Ortes zulässig, daß der Constituent sich anders und selbst beschwerender verpflichte[16]; zulässig ferner, daß er sich auf einen anderen, dem Werthe nach gleichen Gegenstand (z. B. Getreide statt Geld) verpflichte[17]; verpflichtet er sich aber auf Mehr, so ist das Constitut nicht nichtig, sondern es wird auf dasselbe Maß wie die Hauptschuld reducirt[18]. Alle diese Grundsätze (N. 13—18) finden bei der Adstipulatio keine Anwendung. Nach vorjustinianischem Recht durften übrigens bloß fungible Sachen constituirt werden; auch hatte die Klage gegen den Constituenten (a. pecuniae constitutae oder constitutoria) eine Strafe von fünfzig Procent zur Folge; sie verjährte in einigen Fällen in einem Jahre; dies hat Justinian aufgehoben[19].

3. Der Consensualcontract zum Zweck einer Bürgschaft ist ein Mandat, bei den Neueren Creditauftrag, mandatum qualificatum genannt. Es ertheilt Jemand (die Neueren nennen diesen mit Vorliebe Mandator, während die Quellen dieses Wort auf jeden Auftraggeber anwenden)[20] einem Anderen den Auftrag, einem Dritten einen Credit zu gewähren oder zu belassen[21] („borge dem X. auf meine Gefahr"; stunde dem X. auf meine Gefahr"); der Auftraggeber übernimmt dadurch die Gefahr des Credits[22], wird also Bürge des Dritten und haftet dem Creditirenden mit der a. mand. contraria[23]. Bei den Römern war der Creditauftrag, namentlich unter Abwesenden sehr gebräuchlich, weil unter diesen eine Bürgschaft durch Stipulation unmöglich war[24]. Die Gestalt des Auftrags gibt dieser Bürgschaftsform ihren eigenthümlichen Charakter, der Bürge gibt hier den Anstoß zu dem Geschäft, für welches er sich verbürgt und daher

a) wird die Verbindlichkeit des Bürgen nach den Grundsätzen des Mandats beurtheilt[25]; demgemäß haftet der Auftraggeber, auch wenn wegen Dispositionsunfähigkeit des Dritten eine Hauptobligation nicht zu Stande kommt[26]; es kann der Auftraggeber das Mandat bis zu seiner Ausführung widerrufen[27]; durch den Tod einer Partei erlischt das Mandat (§ 306); es befreit die Zahlung des Auftraggebers den Hauptschuldner nicht[28];

b) umgekehrt hat der Auftraggeber gegen den Beauftragten einen An-

[12] l. 1. §§ 1. 6—8. l. 3. § 1. l. 18. § 1. D. h. t. 13, 5. — [13] l. 18. § 1. D h. t. 13, 5. — [14] l. 1. § 8. l. 19. § 2. l. 20. D. h. t. 13, 5. — [15] l. 10. D. h. t 13, 5. — [16] l. 3. § 2. l. 4. l. 5. pr. D. h. t. 13, 5. — [17] l. 1. § 5. D. h. t. — [18] l. 11. § 1. l. 12. l. 13. l. 19. pr. § 1. D. h. t. 13, 5. — [19] l. 2. C. de pec. const. 4, 18. — [20] l. 22. § 11. l. 46. l. 49. D. mand. 17, 1. — [21] § 6. I. mand. 3, 26; l. 6. § 4. l. 12. §§ 13. 14. D. eod. 17, 1. — [22] l. 12. § 14. l. 21. i. f. D. mand. 17, 1. — [23] l. 12. § 13. i. f. D. mand. 17, 1. — [24] l. 32. D. mand. 17, 1. — [25] l. 12. §§ 11—14. l. 27. § 5. D. mand. 17, 1. — [26] l. 13. pr. D. de min. 4, 4. — [27] l. 12. § 16. D. mand. 17, 1. — [28] l. 28. D. mand. 17, 1; l. 95. § 10. D. de solut. 46, 3.

spruch, wenn letzterer das Mandat, trotzdem er es angenommen, gar nicht oder nicht gehörig ausführt; er kann diesen Anspruch mit der a. mandati directa gerichtlich geltend machen[29].

Alle diese Grundsätze (N. 25—29) finden weder bei der Adstipulatio noch bei dem const. debiti alieni Anwendung.

IV. Dogmatische Darstellung der Bürgschaft.

Vorbemerkung.

Es wird ein lebhafter Streit darüber geführt, ob die drei Bürgschaftsformen des Justinianischen Rechts noch heute fortbestehen, oder ob nicht vielmehr bloß ein einziges Institut gelte und zwar welches? Sicherlich können die Parteien ihren Willen derartig erklären, daß das Rechtsgeschäft ganz den Grundsätzen eines der drei Justinianischen Institute unterliegen solle (nur daß stets die formlose Willenserklärung genügt). Wo aber eine solche Willenserklärung fehlt, wo die Willenserklärung schlechthin dahin lautet, daß Jemand „sich für eine Schuld verbürgt" oder „sie zu zahlen, dafür aufzukommen verspricht", da ist dem Bewußtsein der Parteien der Unterschied der Fidejussio und des Constitutum unzweifelhaft fremd, und es sind alsdann die Grundsätze der Fidejussio als der echten Bürgschaft maßgebend; doch erleiden sie dann eine Modification, wenn sie mit der stricti iuris-Natur der Fidejussio zusammenhängen (vgl. § 259 unter I und II. 2). Dahingegen muß der Creditauftrag noch immer als ein besonderes juristisches Institut gelten, so sehr er auch ökonomisch von demselben Gedanken wie jede andere Bürgschaft (der Sicherung des Gläubigers) getragen wird; seine Mandatsnatur trennt ihn noch heut von jeder anderen Bürgschaft und rechtfertigt die Behauptung, daß der Creditauftrag noch heut den besonderen im § 258 Nr. 3. dargestellten Grundsätzen unterliegt. Im Nachstehenden wird demgemäß vom Creditauftrag abgesehen werden.

1) § 259. Verpflichtung des Bürgen.

Vangerow, § 578.

I. Zunächst bestimmt sich die Verpflichtung des Bürgen nach dem Willen der Parteien; es gilt nämlich jede Abrede, wonach der Bürge auf weniger oder unter leichteren oder doch nicht schwereren Modalitäten als der Hauptschuldner verpflichtet wird; die Abrede hingegen, wonach der Bürge zu Mehr oder unter härteren Modalitäten verpflichtet sein soll, ist bezüglich des Mehr resp. der härteren Modalitäten nichtig; die Bestimmung des Römischen Rechts, wonach die Fidejussio in diesen Fällen völlig nichtig ist (§ 258 N. 7), stammt daher, daß die Fidejussio ein stricti iuris negotium war, sie ist deshalb heut unanwendbar.

II. Fehlt es an einer Parteiabrede, so haftet der Bürge in der Regel so wie der Hauptschuldner. Daraus folgt:

[29] l. 6. § 4. D. mand. 17, 1.

1. Ist die Hauptschuld von Anfang nichtig oder wird sie es hinterher, so ist resp. wird es auch die Bürgschaft[1].

2. Aendert oder erweitert sich später der Inhalt der Hauptschuld (z. B. durch Culpa oder Mora des Hauptschuldners), so haftet der Bürge auch hierfür[2]. Hiernach muß man behaupten, daß der Bürge auch für die Verzugszinsen des Hauptschuldners haftet; zwar lehren die Quellen[2a] das Gegentheil, allein dies kommt daher, daß die Fidejussio ein stricti iuris negotium war (§ 84 Note 25—27). — Diejenigen Erweiterungen, welche in einem besonderen Vertrage ihren Grund haben (z. B. der Hauptschuldner verspricht Zinsen oder eine Conventionalstrafe), treffen den Bürgen nur dann, wenn sich seine Bürgschaft auch hierauf ausdrücklich oder stillschweigend bezogen hat[3]; vgl. § 191 Note 5.

3. Wird die Hauptschuld ipso iure aufgehoben, so wird es regelmäßig auch die Bürgschaftsschuld[4]. Ungenau wird dies in den Quellen[5] ausgedrückt: in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora. Es gibt nämlich Fälle, in denen die Bürgschaft (wie das Pfand, § 207 unter III. 2) trotz des Unterganges der Hauptobligation fortbesteht: so kann der Bürge den unbeerbten Tod des Hauptschuldners nicht geltend machen[6] und (nach der Ansicht der späteren römischen Juristen) auch nicht den durch eigenes Verschulden herbeigeführten Untergang des Schuldgegenstandes[7].

4. Die Einreden des Hauptschuldners stehen regelmäßig auch dem Bürgen zu[8], namentlich auch die Einrede der Verjährung der Hauptschuld (§ 91 Note 4). Wiederum ungenau sind die Worte der Quellen[9]: Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt; es stehen nämlich dem Bürgen nicht zu:

a. die höchstpersönlichen Einreden, z. B. aus dem benef. competentiae[10], aus dem pactum de non petendo in personam[11], mittelbar kommt das letztere freilich auch dem Bürgen zu statten, da er das benef. excussionis und cedendarum actionum hat (unten III);

b. diejenigen Einreden, gegen welche der Gläubiger durch die Bürgschaft sicher gestellt werden soll; daher kommt z. B. die Restitution eines Minderjährigen dessen Bürgen dann nicht zu Gute, wenn derselbe sich

---

[1] l. 29. l. 47. pr. l. 56. pr. § 2. l. 60. l. 70. § 4. D. de fid. 46, 1; l. 1. §§ 1. 6. 8. D. de const. pec. 13, 5; l. 16. § 1. D. ad sct. Vell. 16, 1. — [2] l. 58. § 1. l. 68. § 1. D. de fid. 46, 1; l. 49. l. 88. l. 91. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 24. § 1. D. de us. 22, 1; l. 54. pr. D. loc. 19, 2; l. 5. C. de pact. int. emt. 4, 54; l. 2. § 12. D. de adm. r. c. 50, 8. — [2a] l. 54. pr. D. loc. 19, 2. — [3] l. 10. C. de fid. 8, 41; l. 8. C. quod cum eo 4, 26. — [4] l. 4. C. de fid. 8, 41; l. 21. § 3. l. 71. pr. D. de fid. 46, 1; l. 38. § 5. D. de sol. 46, 3; l. 28. § 1. D. de jurej. 12, 2; l. 5. pr. D. de lib. leg. 34, 3; l. 60. D. de fid. 46, 1. — [5] l. 42. D. de sol. 46, 3. — [6] l. 95. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 1. § 14. D. dep. 16, 3; l. 1. C. h. t. 8, 41. — [7] l. 19. D. de dolo 4, 3; l. 32. § 5. D. de us. 22, 1; l. 38. § 4. l. 95. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 88. l. 91. § 4. D. de v. o. 45, 1. — [8] l. 19. l. 7. § 1. D. de exc. 44, 1; § 4. I. de repl. 4, 14; l. 15. pr. l. 49. pr. D. de fid. 46, 1; l. 14. § 6. D. qu. met. 4, 2; l. 16. § 1. D. ad sct. Vellej. 16, 2; l. 24. D. de don. 39, 5; l. 4. l. 5. D. de comp. 16, 2; l. 3. § 1. D. de pec. const. 13, 5; l. 12. C. de n. n. p. 4, 30. — [9] l. 19. D. de exc. 44, 1. — [10] l. 7. pr. D. de exc. 44, 1. — [11] l. 5. pr. in fine D. de lib. leg. 34, 3.

gerade wegen der Minderjährigkeit des Hauptschuldners verbürgt hat [12] (vgl. § 111 Note 4);

c. die Einrede aus dem sct. Macedonianum kann der Bürge nur dann aufstellen, wenn ihm eine Regreßklage an den Hauptschuldner zusteht, nicht also, wenn er bürgte, um den Hauptschuldner eventuell zu beschenken [13] (§ 274 N. 6); die des erzwungenen Erlasses nach Röm. Recht nur dann, wenn der Gläubiger zu der den Erlaß bewilligenden Majorität der Gläubiger gehörte [14], nach der Reichsconcursordnung § 178 steht ihm die Einrede des erzwungenen Erlasses niemals zu (§ 268 unter III).

III. Es stehen dem Bürgen einige selbständige Einreden zu:

1. Aus dem benef. excussionis seu ordinis. Nach vorjustinianischem Recht konnte der Gläubiger im Falle der Nichterfüllung den Bürgen sofort belangen, und es bedurfte einer ausdrücklichen Abrede, wenn der Gläubiger gehalten sein sollte, vorher den Hauptschuldner auszuklagen, der Bürge also nur ein sog. Schadlosbürge (fidei. indemnitatis) sein sollte [15]. Justinian gab in Nov. 4. c. 1. dem Bürgen das Recht, auch ohne besondere Abrede die vorherige Ausklagung des Hauptschuldners zu verlangen. Das benef. excuss. fällt nach ausdrücklicher Verordnung der Novelle weg, wenn der Hauptschuldner abwesend ist und in einer durch den Richter festzusetzenden Frist vom Bürgen nicht gestellt wird; mit Recht wird diese Bestimmung auf den Fall ausgedehnt, wo die Ausklagung des Hauptschuldners überhaupt schwieriger als die des Bürgen ist, z. B. weil er im Concurse ist. Nach fast allgemeiner Meinung bleibt das Beneficium auch dann außer Anwendung, wenn die Hauptschuld klaglos ist, ferner wenn der Bürge auf die Wohlthat verzichtet (namentlich wenn er sich „als Selbstschuldner" verbürgt), ferner wenn er die Bürgschaft wissentlich ableugnet.

2. Aus dem beneficium cedendarum actionum; es kann nämlich der zahlende Bürge von dem Gläubiger verlangen, daß er ihm alle Rechte abtrete, welche ihm gegen den Hauptschuldner und (was Einige mit Unrecht leugnen) gegen die Mitbürgen zustehen [16].

3. Aus dem beneficium divisionis; wenn Mehrere sich für dieselbe Schuld verbürgt haben, so kann nach einer epistola d. Hadriani [17] Jeder verlangen, daß der Gläubiger die Forderung auf die Zahlungsfähigen vertheile; dabei ist es nach richtiger Meinung gleichgiltig, ob die Verbürgung gleichzeitig und gemeinsam geschah oder nicht. Das benef. divis. fällt weg, wenn der Bürge darauf verzichtet (ausdrücklich oder stillschweigend, indem er z. B. sich „als Selbstschuldner" verpflichtet) oder wenn er die Bürgschaft wissentlich ableugnet [18]; auch steht es den Bürgen eines Vormundes gegenüber dem Mündel nicht zu [19].

---

[12] l. 13. pr. D. de min. 4, 4; l. 2. C. de fid. min. 2, 24. — [13] l. 9. § 3. D. ad sct. Mac. 14, 6. — [14] l. 58. § 1. D. mand. 17, 1. — [15] l. 41. D. de fid. 46, 1; l. 116. D. de v. o. 45, 1. — [16] l. 2. C. de fidej. 8, 41; l. 17. l. 36. D. eod. 46, 1; l. 95. § 11. D. de sol. 46, 3. — [17] Gai. 3, 121. 122; § 4. I. de fid. 3, 20; l. 26. l. 27. l. 49. § 1. l. 51. §§ 1. 4. D. de fid. 46, 1; l. 10. § 1. l. 16. C. eod. 8, 41; l. 3. C. de pec. const. 4, 18. — [18] l. 10. § 1. D. de fid. 46, 1. — [19] l. 12. D. rem. pup. 46, 6.

2) § 260. Rechte des Bürgen.

Vangerow, § 578.

I. Gegen den Hauptschuldner. Ob der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt hat, gegen den Hauptschuldner Regreß nehmen könne oder nicht: das hängt von dem besonderen zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnisse ab. Er kann es nicht, wenn die Bürgschaft keine wahre Intercession enthält[1] (z. B. der Hauptschuldner war sein Geschäftsführer) oder wenn er in der Absicht zu schenken sich verbürgte[2]. Abgesehen hievon kann er, je nachdem er mit oder ohne Auftrag des Hauptschuldners bürgte, von diesem mit der act. mandati contraria[3] resp. negotiorum gestorum contraria[4] seine Schadloshaltung verlangen; auch ohne geleistet zu haben, steht ihm das gleiche Recht zu, wenn der Gläubiger ihm über die Schuld quittirt, um ihm eine remuneratorische Schenkung zu machen[5], nicht aber, wie die herrschende Meinung behauptet, bei der einfachen Schenkung[6]. Falls der Gläubiger dem Bürgen seine Ansprüche abgetreten hat (§ 259 Note 16), kann der Bürge auch als Cessionar des Gläubigers (nicht bloß Schadloshaltung sondern) die volle Befriedigung der Hauptschuld fordern. Es verliert der Bürge das Regreßrecht, wenn er zahlt, trotzdem er weiß, daß dem Hauptschuldner Einreden gegen den Gläubiger zustehen[7]. — Die bisher dargestellten Grundsätze finden analoge Anwendung, auch wenn der Bürge noch nicht gezahlt hat; aber zur Zahlung an den Gläubiger verurtheilt ist[8], ja selbst wenn der Hauptschuldner mit der Zahlung der Schuld zögert oder sein Vermögen zu verschwenden beginnt; der Bürge kann alsdann Befreiung von seiner Obligation verlangen[9].

II. Gegen Mitbürgen. Gegen Mitbürgen steht dem zahlenden Bürgen nur dann ein Regreßrecht zu, wenn ihm der Gläubiger seine Ansprüche an dieselben abgetreten hat; der zahlende Bürge hat nach richtiger Meinung ein Recht auf diese Abtretung (§ 259 Note 16), selbstverständlich ist es, daß der Mitbürge, welchen er aufs Ganze belangt, ihm die exc. divisionis entgegensetzen kann.

III. Gegen Rückbürgen. Rückbürge ist der Bürge, welcher dem Bürgen des Hauptschuldners behufs Sicherung seines Regreßrechts an den letzteren gegeben wird[10]; der Umfang seiner Verpflichtung ergibt sich aus dem Regreßanspruch des Bürgen. — Wohl zu unterscheiden ist der Afterbürge (fideiussor fideiussoris in den Quellen, fidei. succedaneus bei den Neueren), d. h. Derjenige, welcher sich bei dem Gläubiger für den Bürgen verbürgt; der Umfang seiner Verbindlichkeit bestimmt sich nach der Verpflichtung des Bürgen[11].

IV. Gegen den Gläubiger. Von diesem kann der Bürge nach

[1] l. 24. D. de pact. 2, 14. — [2] l. 9. § 3. D. ad sct. Mac. 14, 6; l. 6. § 2. D. mand. 17, 1. — [3] l. 6. § 2. l. 18. l. 20. § 1. l. 21. l. 22. pr. D. mand. 17, 1; § 6. I. de fid. 3, 20. — [4] l. 6. § 2. l. 20. § 1. D. mand. 17, 1. — [5] l. 10. § 13. D. mand. 17, 1. — [6] l. 12. pr. D. mand. 17, 1. — [7] l. 10. § 12. l. 29. D. mand. 17, 1; l. 10. C. eod. 4, 35. — [8] l. 38. § 1. D. mand. 17, 1. — [9] l. 38. § 1. D. mand. 17, 1; l. 10. C. mand. 4, 35. — [10] l. 4. pr. D. de fid. 46, 1. — [11] l. 8. § 12. l. 27. § 4. D. de fid. 46, 1; l. 38. § 5. de sol. 46, 3.

der Praxis verlangen, daß er dem Hauptschuldner resp. dem Mitbürgen nicht über Gebühr Nachsicht gewähre, damit nicht seine Beneficien (§ 259 unter III. 1. 3) gefährdet werden. Es entwickelte sich diese Praxis im Anschluß an l. 28. D. de fidei. XLVI, 1., welche in Wahrheit nur von der *exceptio* divisionis handelt, aber schon von der Glosse dahin ausgelegt wurde, daß der Bürge klageweise von dem Gläubiger fordern könne, daß er den Schuldner resp. die Mitbürgen belange; kommt der Gläubiger dem Verlangen des Bürgen binnen einer vom Richter gesetzten Frist nicht nach, so wird der Bürge befreit. Man hat nach den Anfangsworten der l. 28. cit. (si contendat) die Klage des Bürgen „provocatio ad agendum ex lege si contendat“ genannt, und hiefür eine eigene Proceßart (den Provocationsproceß) geschaffen; doch ist die letztere in die Reichscivilproceßordnung nicht übergegangen.

Sechstes Capitel.

Aufhebung der Obligation.

I. § 261. Uebersicht.

Naturgemäß und am häufigsten werden die Obligationen durch Erfüllung (Zahlung, solutio) aufgehoben; aber auch ohne Erfüllung tritt die Aufhebung der Obligation (gleichfalls solutio genannt) bald mit dem Willen des Gläubigers bald ohne diesen ein. Bei einigen Aufhebungsarten dieser Gattung wird dem Gläubiger ein materieller Ersatz für die aufgehobene Obligation zu Theil (Hingabe an Zahlungsstatt, Compensation, Novation), sie fallen unter den Begriff der satisfactio[1]; bei anderen aber findet dies nicht statt. — Für den römischen Formularproceß war es wichtig, ob die Aufhebungsthatsachen sofort bei Anstellung des Processes vor dem Magistrat oder erst später vor dem Geschworenen vorgebracht werden mußten; von ersteren hieß es, weil sie in die Formel als exceptio inserirt wurden: sie wirken ope exceptionis; von letzteren: sie wirken ipso iure[2]; dieser Gegensatz, welcher in den Quellen stark hervorgehoben wird, blieb im späteren und ist auch im heutigen Recht von Wichtigkeit, natürlich (wegen des veränderten Processes) in anderer Weise.

II. Die einzelnen Aufhebungsarten.

A. Die Zahlung.

Vorbemerkung.

Die Grundsätze über die Erfüllung (Zahlung) sind bereits oben §§ 225—235 dargestellt worden. Hier sind bloß noch drei Materien zu behandeln: a) die Zahlung auf mehrere Schulden (§ 262); b) der Beweis der Zahlung (§ 263); c) das Zahlungsversprechen (§ 264).

[1] l. 53. D. de c. e. 18, 1; l. 52. D. de sol. 46, 3. — [2] l. 4. § 7. D. de re jud. 42, 1; l. 54. l. 80. D. de sol. 46, 3; l. 47. D. de v. s. 50, 16.

1) § 262. Zahlung auf mehrere Schulden.

t. D. XLVI, 3; t. C. VIII, 43: de solutionibus. — Vangerow, § 589.

Hat Jemand mehrere gleichartige Forderungen an einen Anderen und zahlt der letztere weniger, als die Summe aller Forderungen beträgt, so fragt es sich, worauf die Zahlung angerechnet werden soll? Es ist dies namentlich dann wichtig, wenn bloß für einige Forderungen Zinsen versprochen, Bürgen und Pfänder bestellt sind, ferner wenn einige Forderungen eher der Verjährung unterliegen als andere. Zunächst ist der Wille des Zahlenden maßgebend[1]. Sodann kann der Gläubiger eine Bestimmung treffen[2]: nur muß er es sofort thun[3] und er muß dabei das Interesse des Schuldners wahrnehmen, wie wenn es sein eigenes wäre, daher er nicht auf eine illiquide oder auf eine nicht fällige Schuld abrechnen darf[4]; doch kann derjenige Gläubiger, welcher eine ihm für mehrere Forderungen als Pfand haftende Sache verkauft, den Erlös auf die naturalen Schulden vor den civilen abrechnen[5]. Hat auch der Gläubiger keine giltige Bestimmung getroffen, so ist auf die Zinsschuld vor der Kapitalschuld abzurechnen[6]; sodann auf die fällige Schuld[7]; sodann auf die Schuld, deren Nichterfüllung eine Strafe nach sich zieht; sodann auf die Schuld, für welche ein Pfand oder Bürge haftet[8]; sodann auf die Schuld, welche der Zahlende im eigenen Namen schuldet, vor derjenigen, welche er im fremden Namen (z. B. als Bürge) schuldet[9]; sodann auf die ältere Schuld[10]; endlich ist auf alle Schulden nach Verhältniß abzurechnen[11].

2) § 263. Beweis der Zahlung durch Quittung.

Vgl. die Literatur bei § 209.

Der Beweis der Zahlung kann (abgesehen von anderen Mitteln) durch die Quittung geführt werden d. h. **durch ein Schriftstück, worin der Gläubiger den Schuldgegenstand erhalten zu haben bekennt.** Weil die Quittung vom Gläubiger zuweilen schon vor geschehener Zahlung ausgestellt wird, so ward ihre Beweiskraft (nach einem Gesetze Justinians)[1] dreißig Tage lang von der Ausstellung an suspendirt; dem Gläubiger stand während dieser Zeit, wenn der Schuldner die Zahlung durch die Quittung zu beweisen suchte, die querela non solutae pecuniae (von Justinian ungenau exceptio non numeratae pecuniae genannt) zu, von welcher ähnliche Ausnahmen stattfinden und hinsichtlich welcher ähnliche Streitfragen ventilirt werden wie bezüglich des Schuldscheines (§ 231). Besonderen Grundsätzen unterlagen die Quittungen über öffentliche Abgaben: sie beweisen sofort[2]. Das Justinianische Gesetz (Note 1) ist aber durch das Einführungsgesetz zur Reichscivilproceß-

[1] l. 1. l. 101. § 1. D. h. t. 46, 3; l. 1. C. h. t. 8, 43. — [2] l. 1. D. h. t. 46, 3; l. 1. C. h. t. 8, 43. — [3] l. 1. l. 2. l. 3. D. h. t. 46, 3. — [4] l. 1. D. h. t. 46, 3. — [5] l. 101. § 1. l. 73. l. 96. § 3. D. h. t. 46, 3; l. 35. pr. D. de pign. a. 13, 7. — [6] l. 5. §§ 2. 3. l. 6. l. 48. D. h. t. 46, 3; l. 1. C. 8, 43. — [7] l. 3. § 1. l. 103. D. h. t. 46, 3. — [8] l. 5. pr. l. 97. D. h. t. 46, 3. — [9] l. 97. D. h. t. 46, 3. — [10] l. 97. D. h. t. 46, 3. — [11] l. 8. D. h. t. 46, 3.

[1] l. 14. § 2. C. de non num. pec. 4, 30. — [2] l. 14. § 1. C. de non num. pec. 4, 30; l. 4. C. de ap. publ. 10, 22.

ordnung § 17 beseitigt, wonach die Beweiskraft einer Quittung (oder eines Schuldscheins) an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden ist (vgl. § 231. III). — Quittungen über die öffentlichen Abgaben aus den letzten drei Jahren begründen die Vermuthung, daß die früheren Termine berichtigt sind[3]; diese Vermuthung wird fast allgemein auf Privatquittungen über terminliche Leistungen (Zinsen, Miethzins) ausgedehnt. — Uebrigens hat der Zahlende, wenn nicht schon nach Römischem[4], so jedenfalls nach heutigem Gewohnheitsrecht die Befugniß, eine Quittung zu verlangen; er kann, bis sie ihm vom Gläubiger ausgestellt worden ist, die Zahlung zurückhalten.

3) § 264. Das Zahlungsversprechen (constitutum debiti).

t. D. XIII, 5: de pecunia constituta. — t. C. IV, 18: de constituta pecunia. — Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl. 1867. — Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. § 40.

Der Zahlung geht häufig ein besonderes Zahlungsversprechen (constitutum debiti) voraus, gewöhnlich zugleich mit Angabe einer bestimmten Zeit, zu welcher die Zahlung erfolgen soll; es wird, falls diese Angabe fehlt, dem Versprechenden eine zehntägige Frist gewährt (§ 228 Note 4)[1]. Das Constitutum war im classischen Römischen Recht deshalb von großer Bedeutung, weil daraus, wiewohl es formlos abgegeben war (nach dem prätorischen Edict)[2], eine Klage entsprang (actio de pecunia constituta seu constitutoria), welche überdies die Verurtheilung des Verklagten zu einer Strafe von fünfzig Procent des Streitobjectes zur Folge hatte[3]. Wenngleich nun die Strafe bereits im Justinianischen Recht untergegangen ist, wenngleich ferner im heutigen Recht alle formlosen Verträge klagbar sind, so hat doch das Constitutum seine Bedeutung nicht (wie Einige behaupten) verloren. Sehr häufig nämlich ist mit demselben ein Anerkenntniß der Schuld Seitens des Constituenten verbunden (z. B. die 100, welche ich dem A. aus dem Grundstückskaufe schulde, verspreche ich ihm zu zahlen), aber nicht immer (z. B. was ich dem A. aus dem Grundstückskaufe schulde . . .). Ferner wird zwar durch das Constitutum eine an sich ungiltige Schuld nicht giltig gemacht[4] (es kann im Gegentheil der Constituent alle Einreden, welche der Forderung selbst entgegenstehen, auch der Klage aus dem Constitutum entgegensetzen)[5], aber eine naturale Obligation wird durch das Constitutum klagbar gemacht[6], denn die Einrede der Klaglosigkeit findet gegen den Anspruch aus dem Constitutum nicht statt. Ferner ist es zulässig, daß das Constitut nicht bloß vom Schuldner (const. debiti proprii), sondern auch von einem Dritten abgegeben werde (const. debiti alieni)[7], in welchem Falle eine Art Bürgschaft entsteht (§ 258). Ferner wird der Gläubiger durch das Constitut gegen den Untergang der Forderung durch Verjährung[8], durch

---

[3] l. 3. C. de ap. publ. 10, 22. — [4] l. 1. C. de ap. publ. 10, 22; l. 19. C. de fid. instr. 4, 21; l. 18. C. de test. 4, 20.

[1] l. 21. § 1. D. h. t. 13, 5. — [2] l. 1. pr. D. h. t. 13, 5. — [3] Gaius 4, 171. — [4] l. 1. §§ 1. 5. 8. l. 11. § 1. l. 12. l. 24. l. 31. D. h. t. 13, 5. — [5] l. 3. pr. § 1. D. h. t. 13, 5. — [6] l. 1. § 7. D. h. t. 13, 5. — [7] l. 2. l. 5. §§ 2—4. l. 26. l. 27. l. 28. D. h. t. 13, 5. — [8] l. 18. § 1. D. h. t. 13, 5.

Tod (bei unvererblichen Obligationen), durch Wegfall der Bereicherung (bei den Bereicherungsklagen)[9] geschützt, indem alle diese Thatsachen das giltig abgegebene Zahlungsversprechen unberührt lassen. Ferner wird häufig im Constitutum eine Aenderung der bisherigen Forderung vorgenommen: es wird eine Zahlung in anderen Sachen (Getreide statt Geld)[10], zu anderer Zeit, an anderem Orte[11], an einen Dritten[12] versprochen; durch solche Abreden darf, was Zeit und Ort betrifft, das Constitutum beschwerlicher für den Constituenten ausfallen als die Obligation selbst, nicht aber was den übrigen Inhalt der Obligation betrifft; vielmehr wird dann das Constitut auf das Maß der Obligation selbst zurückgeführt[13]. Unter allen Umständen bleibt die Obligation selbst unversehrt bestehen; der Gläubiger hat also die Wahl, ob er (vom Constitutum absehend) die Erfüllung der Obligation selbst oder die des Constitutum wolle; nimmt er die Erfüllung des Constituts an, so ist hierdurch zugleich die Obligation selbst getilgt[14]. Bei der activen Correalobligation hat der Abschluß des Constitutum durch einen Correalgläubiger die Wirkung, daß nur diesem gezahlt werden darf[15]. — Uebrigens fanden nach vorjustinianischem Recht einige Beschränkungen des Constitutum statt; dieselben sind bereits oben § 258 Note 19 angegeben.

B. § 265. Die Compensation.

t. D. XVI, 2; t. C. IV, 31: de compensationibus. — Brinz, die Lehre von der Compensation. 1849. — H. Dernburg, die Compensation nach Römischem Recht mit Rücksicht auf die neueren Gesetzbücher. 2. Aufl. 1868. — Ubbelohde, über den Satz: ipso iure compensatur. 1858. — Ascher, die Compensation im Civilproceß des classischen römischen Rechts. 1863. — Schwanert, die Compensation nach Römischem Recht. 1870. — Eisele, die Compensation nach Röm. und Gem. Recht. 1876. — Vangerow, § 618.

I. Begriff und Geschichte. Die Legaldefinition lautet: compensatio est debiti et crediti inter se contributio[1] d. h. die Compensation ist die Aufrechnung von Forderung und Gegenforderung, ein Schuldner kann gegen die Forderung seines Gläubigers eine Gegenforderung, welche ihm an den Gläubiger zusteht, aufrechnen, gleichviel ob der Gläubiger zustimmt oder nicht. Der Schuldner hat ein Interesse hieran, denn interest potius nostra, non solvere quam solutum repetere[2]; und der Gläubiger muß es sich gefallen lassen, denn dolo facit, qui petit quod redditurus est[3]; kurz die Compensation steht der Zahlung gleich: dedisse intelligendus est etiam is qui compensavit[4]. — Allein die Befugniß zur Compensation war nicht zu aller Zeit gewährt; ursprünglich mußte der klagende Argentarius[5] und der Käufer einer Concursmasse (bonorum emtor)[6] die Gegenforderungen eines Schuldners selbst in Abzug bringen; dann ward der Schuldner aus einer bonae fidei Obligation (§ 84) berechtigt, seine Gegenforderungen

[9] l. 1. § 8. l. 19. § 2. l. 20. D. h. t. 13, 5. — [10] l. 1. § 5. l. 25. pr. D. h. t. 13, 5. — [11] l. 4. l. 5. pr. l. 16. pr. D. h. t. 13, 5. — [12] l. 5. §§ 2. 6. 7. l. 7. § 1. D. h. t. 13, 5. — [13] l. 1. § 8. l. 11. § 1. l. 12. l. 24. D. h. t. 13, 5. — [14] l. 18. § 3. D. h. t. 13, 5. — [15] l. 10. D. h. t. 13, 5.

[1] l. 1. D. h. t. 16, 2. — [2] l. 3. D. h. t. 16, 2. — [3] l. 8. pr. D. de dol. exc. 44, 4. — [4] l. 76. D. de v. s. 50, 16. — [5] Gai. 4, 64. — [6] Gai. 4, 65.

aus demselben Geschäft aufzurechnen[7]; in der Kaiserzeit erhielt auch der Schuldner aus einer stricti iuris Obligation die Befugniß, mit einer doli exceptio irgend welche Gegenforderungen gegen die Forderung des Klägers aufzurechnen[8]; endlich erklärte Justinian[9] die Compensation überall (selbst dinglichen Ansprüchen gegenüber) für zulässig; sodaß nach Justinianischem und heutigem Recht nur einzelne Fälle übrig sind, in denen aus besonderen Nützlichkeitsgründen die Befugniß zum Compensiren nicht stattfindet, nämlich 1) gegen die Forderung aus einem Depositum[10]; 2) gegen die Forderung auf Rückgabe einer widerrechtlich occupirten Sache[11]; 3) gegen die Forderung des Fiscus auf Abgaben und andere öffentliche Leistungen[12], sowie auf den Kaufpreis einer Sache[13]; 4) gegen die Forderung einer Stadtgemeinde auf Abgaben und andere öffentliche Leistungen[14], auf Leistung eines Vermächtnisses, auf Rückzahlung eines Darlehns, auf Leistungen, welche zu öffentlichen Zwecken bestimmt sind[15].

II. Bedingungen der Compensation. Wo die Compensation wider den Willen des Gläubigers geltend gemacht wird, kann dies nur unter der Bedingung geschehen:

1. daß die Gegenforderung eine materiell giltige ist; daher kann die obligatio civilis inanis (§ 230 Note 29) nicht aufgerechnet werden[16]; wohl aber genügte zuweilen (Viele behaupten: immer) eine Naturalobligation[17], doch sind die hieher gehörigen Fälle der Naturalobligation im heutigen Recht weggefallen;

2. daß die Gegenforderung dem Aufrechnenden selbst gegen den Fordernden zusteht[18]: ex persona tertii compensatio fieri nequit. Doch kann der Bürge mit der Gegenforderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger compensiren[19], der Correalschuldner mit der Gegenforderung desjenigen Genossen, mit welchem er in Societät steht[20] — offenbar deshalb weil die Leistung des Bürgen den Hauptschuldner regreßpflichtig macht, und ebenso die Leistung des Correalschuldners den mit ihm in Societät stehenden Genossen;

3. daß der Gegenstand der Gegenforderung mit dem der Forderung gleichartig ist[21] (daher nur Geld mit Geld, Getreide mit Getreide derselben Art und Qualität u. s. w. compensirt werden kann); nicht hingegen wird Connexität zwischen den beiden Forderungen verlangt. In beiden Beziehungen ist die Befugniß zur Retention verschieden; sie setzt eine connexe, wenn auch ungleichartige Gegenforderung voraus[22]; sie bewirkt aber nicht die Aufhebung des Rechts, welchem die Gegenforderung entgegengesetzt wird, sondern bloß einen Aufschub seiner Erfüllung (§ 76);

4. daß die Gegenforderung fällig ist[23]; als fällig gilt aber eine

---

[7] Gai. 4, 63. — [8] § 30. I. de act. 4, 6; l. 4. l. 5. l. 10. § 3. l. 15. D. h. t. 16, 2. — [9] l. 14. pr. C. h. t. 4, 31. — [10] l. 14. § 1. C. h. t. 4, 31; l. 11. pr. C. dep. 4, 34. — [11] l. 14. § 2. C. h. t. 4, 31. — [12] l. 46. § 5. D. de jure f. 49, 14. [13] l. 46. § 5. D. de jure f. 49, 14; l. 7. C. h. t. 4, 31. — [14] l. 3. C. h. t. 4, 31. — [15] l. 3. C. h. t. 4, 31. — [16] l. 14. D. h. t. 16, 2. — [17] l. 6. l. 8. D. h. t. 16, 2. — [18] l. 18. § 1. D. h. t. 16, 2; l. 9. C. h. t. 4, 31; l. 23. D. h. t. 16, 2. — [19] l. 4. l. 5. D. h. t. 16, 2. — [20] l. 10. D. de d. r. 45, 2. — [21] Gai. 4, 66. — [22] Vgl. l. 1. pr. D. qu. m. pign. 20, 6; l. 15. § 2. D. furti 47, 2. — [23] l. 7. pr. D. h. t. 16, 2.

Obligation, wenngleich dem Schuldner aus Billigkeitsgründen eine gewisse Zahlungsfrist zusteht[24] (§ 228);

5. ob nach einer Verordnung von Justinian[25] die Compensation nur dann zuläßig ist, wenn die Gegenforderung sofort beweisbar ist, m. a. W. ob: liquidi cum illiquido nulla est compensatio: darüber hat von jeher Streit geherrscht. Einige verstehen allerdings unter einer illiquiden Gegenforderung eine solche, welche nicht sofort bewiesen werden kann; Andere eine solche, deren Nachweis eine verwickelte Untersuchung verlangt, welche unverhältnißmäßig länger währt als der Beweis der Forderung; noch Andere verlangen die sofortige Beweisbarkeit nur dann, wenn die Gegenforderung erst nach der Litiscontestation eingewendet wird (— die Compensationseinrede kann nämlich selbst in der Executionsinstanz vorgebracht werden[26] —); endlich verwerfen Einige das Erforderniß der Liquidität überhaupt dann, wenn die Gegenforderung aus demselben Rechtsgeschäft wie die Forderung entspringt (z. B. der Mandatar setzt der Forderung des Mandanten eine Forderung wegen Auslagen entgegen). Den dispositiven Worten der Justinianischen Verordnung (ita compensationes obiici iubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare) entspricht es, die Compensationseinrede (wie die oben aufgeführte zweite Ansicht lehrt) bloß dann zurückzuweisen, wenn der Beweis der Gegenforderung eine weitaussehende Verhandlung erheischt, welche in keinem Verhältniß zu dem Beweise der Forderung steht, — dies aber ohne Rücksicht darauf, ob sie zugleich mit der Litiscontestation oder später vorgeschützt wird, ferner ohne Rücksicht darauf, ob die Gegenforderung aus demselben Rechtsgeschäft wie die Forderung entspringt oder aus einem anderen.

Strengeren Bedingungen unterliegt die Compensation gegenüber einer Forderung des Fiscus: es kann gegen die Eine öffentliche Casse nicht zur Compensation gebracht werden, was man an die Andere zu fordern hat[27], und es soll, da fiscalische Processe überhaupt in zwei Monaten beendet sein mußten[28], die Gegenforderung binnen zwei Monaten bewiesen werden[29]. Umgekehrt ward nach classischem Recht im Falle des Concurses das Erforderniß der Gleichartigkeit und Fälligkeit der Gegenforderung erlassen (man nannte hier die Aufrechnung deductio)[30]; diese Milderung ist zwar im Justinianischen Recht geschwunden, wurde aber neuestens von der Reichsconcursordnung § 47 mit geringen Modificationen wieder eingeführt.

III. Wie geschieht die Compensation? Die bloße Entstehung einer Gegenforderung hebt die Forderung nicht auf; Forderung und Gegenforderung bestehen vielmehr neben einander; zur Compensation kommt es erst durch den Willen des Gläubigers oder des Schuldners. In zwei Fällen nämlich, die aber heut unpraktisch sind, war der Gläubiger (argentarius und bonorum emtor) verpflichtet, die Gegenforderung des

[24] l. 16. § 1. D. h. t. 16, 2. — [25] l. 14. § 1. C. h. t. 4, 31; § 30. I. de act. 4, 6. — [26] l. 2. C. h. t. 4, 31; die Reichscivilproceßordnung § 686 hat dies sehr eingeschränkt. — [27] l. 1. C. h. t. 4, 31. — [28] l. 41. C. Th. de app. 11, 30. — [29] l. 46. § 4. D. de jure f. 49, 14. — [30] Gai. 4, 65—68.

Schuldners selbst in Abzug zu bringen[31]; abgesehen hiervon hängt es vom Willen des **Schuldners** ab, ob compensirt werden solle oder nicht[32]; will er es und wird er vom Richter (nicht wegen Nichtexistenz der Gegenforderung sondern) wegen Unzulässigkeit der Compensation zurückgewiesen, so bleibt seine Gegenforderung bestehen[33]; findet der Richter die Compensationseinrede begründet, so gelten die beiden Forderungen, soweit sie sich decken, in der Weise als aufgehoben, daß dabei nicht der Augenblick des Urtheils sondern derjenige der Entstehung der Gegenforderung zu Grunde gelegt wird[34]; daher können von keiner Seite für die Zwischenzeit Zinsen gefordert werden[35]; daher treten die Nachtheile der Mora wegen Nichtzahlung in der Zwischenzeit nicht ein[36], und ebensowenig verfällt eine Conventionalstrafe[37]; daher endlich kann der Schuldner, welcher aus entschuldbarem Irrthum von der Befugniß zur Compensation keinen Gebrauch gemacht hat, das Gezahlte (mit der condictio indebiti) zurückfordern[38]. — Der Wille des Schuldners zu compensiren mußte, wie schon erwähnt, bei stricti iuris iudicia durch Vorschützung der exc. doli in iure erklärt werden (oben Note 8); bei bonae fidei iudicia war dies nur deshalb nicht nothwendig, weil bonae fidei iudiciis exceptio doli inest (§ 84 Note 24); überall sonst war sicherlich die Aufstellung einer doli exceptio nöthig. Trotzdem findet sich wiederholentlich sowohl in Juristenfragmenten[39] als in Justinianischen Gesetzen[40] die Regel: compensatio fit ipso iure, über deren Auffassung sehr verschiedene Meinungen aufgestellt sind. Nach einer früher sehr verbreiteten Meinung wird durch die Regel ausgesprochen, daß die Forderung mit dem Entstehen der Gegenforderung sofort vernichtet werde; diese Meinung wird heut aus den entwickelten Gründen fast allgemein verworfen. Nach der jetzt herrschenden Meinung deutet die Regel auf die Rückziehung der Compensationseinrede, darauf nämlich daß, falls die Compensationseinrede begründet ist, es so angesehen werde, als ob die Compensation schon im Augenblick der Entstehung der Gegenforderung erfolgt wäre; allein nur einmal[41] wird in den Quellen dieser Rechtssatz mit jener Regel in Verbindung gebracht, wie denn auch die Regel, um den Rechtssatz auszudrücken, anders hätte gefaßt werden müssen (ungefähr: compensatio ipso iure fieri *intelligitur).* Mehrere Erklärungen sind in neuester Zeit aufgestellt worden, welche aber wenig befriedigend sind und keine allgemeinere Zustimmung gefunden haben; deshalb werden sie hier übergangen. Hiernach gehört jene Regel zu den juristischen Räthseln.

C. Die Novation.

1) § 266. Die sog. novatio voluntaria.

t. D. XLVI, 2; C. VIII, 42: de novationibus et delegationibus. — S. die Literatur bei § 209; außerdem: v. **Salpius**, Novation und Delegation nach

[31] Gai. 4, 64. 65. — [32] l. 2. D. h. t. 16, 2; l. 1. § 4. D. de contr. tut. 27, 4. — [33] l. 7. § 1. D. h. t. 16, 2; l. 8. § 2. D. de neg. gest. 3, 5. — [34] l. 4. C. h. t. 4, 31; §§ 30. 39. I. de act. 4, 6. — [35] l. 11. l. 12. D. h. t. 16, 2. — [36] l. 40. D. de r. c. 12, 1. — [37] l. 31. § 1. D. de her. pet. 5, 3. — [38] l. 10. § 1. D. h. t. 16, 2; l. 30. D. de cond. ind. 12, 6. — [39] l. 4. l. 10. pr. l. 21. D. h. t. 16, 2. — [40] l. 4. l. 14. pr. C. h. t. 4, 31; § 30. I. de act. 4, 6. — [41] l. 4. C. h. t. 4, 31.

Römischem Recht. 1864. — Salkowski, zur Lehre von der Novation nach Römischem Recht. 1866. — Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation. 1866. — Römer, die bedingte Novation nach dem Römischen und heutigen Gemeinen Recht. 1863. — Römer, Abhandlungen. H. 1. 1877. — Vangerow, § 619.

I. Begriff und Wirkung. Die Legaldefinition[1] lautet: novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Danach ist die Novation die Uebertragung des Inhalts einer Obligation in eine neue, und zwar (was in der Legaldefinition übergangen ist) in eine formale[2], also in einen Literalcontract oder (was nach Justinianischem Recht allein möglich war) in eine Stipulation. Kraft des Willens der Parteien geht eine bestehende Obligation dadurch unter, daß eine neue formale mit wesentlich gleichem Inhalt an die Stelle tritt. Die Novation wurde bei den Römern sehr oft vorgenommen; namentlich geschah sie um eine nicht formale Obligation in eine formale umzuwandeln, was einerseits zum Zweck einer nachfolgenden Acceptilation nothwendig war[3], andererseits bei der stricti iuris-Natur der Formalobligation dem Gläubiger manchen Vortheil bot. Aber auch abgesehen hievon bediente man sich ihrer, um die Person des Gläubigers oder Schuldners zu wechseln (vgl. unten II. 2), um Nebenbestimmungen zu treffen oder zu ändern (z. B. um eine Zeitbestimmung oder Bedingung hinzuzufügen oder wegzunehmen)[4], ja auch um den Hauptgegenstand der Obligation zu vergrößern oder zu vermindern[5]; doch scheint letzteres erst im späteren classischen Recht als Novation aufgefaßt worden zu sein. — Die Novation bewirkt die völlige Aufhebung der bestehenden Obligation mit allen ihren Accessionen, (Bürgschaften, Pfändern, Straf- und Zinsversprechen, Privilegien, Erweiterungen durch Mora, Culpa des Schuldners u. dgl.)[6]; daher kann sie, falls nicht die Accessionen in die Novationsstipulation mit herübergenommen werden, dem Gläubiger nachtheilig wirken.

II. Erfordernisse. Dieselben sind dreifach:

1. Das Dasein einer Obligation; es genügt zuweilen (wie Einige behaupten: immer) eine Naturalobligation. Fehlt die Obligation völlig, oder ist sie wegen einer Einrede kraftlos (obl. civilis inanis, § 230 unter IV), so ist die Novation undenkbar; die Novationsstipulation aber gilt dennoch in zwei Fällen: a) wenn der Versprechende die Nichtexistenz resp. Ungiltigkeit der zu novirenden Forderung kennt[7]; denn dann benützt er die Novation als Deckmantel, um sich giltig zu verpflichten; b) wenn der Versprechende die Nichtexistenz zwar nicht kennt, aber schlechthin und ohne der angeblichen Obligation zu gedenken verspricht (z. B. centum dare spondes? spondeo); doch kann er alsdann das Versprechen wegen falsa causa (§ 214 Note 8) durch Klage und Einrede anfechten[8]. Geschieht aber das Versprechen unter Bezugnahme auf die angebliche Obligation

---

[1] l. 1. D. h. t. 46, 2. — [2] Gai. 3, 176. — [3] § 1. qu. m. obl. toll. 3, 29. — [4] Gai. 3, 177. — [5] l. 25. D. de j. dot. 23, 3; l. 58. D. de v. o. 45, 1; l. 28. D. h. t. 46, 2; l. 8. C. h. t. 8, 42. — [6] l. 15. l. 18. l. 27. l. 29. D. h. t. 46, 2; l. 4. C. de fid. 8, 41. — [7] l. 21. l. 25. D. de v. o. 45, 1; l. 12. D. h. t. 46, 2. — [8] l. 20. D. ad sct. Mac. 14, 6.

(z. B. quicquid te ex vendito dare facere oportet, dare facere spondes? spondeo)[9], so ist es ungiltig, weil der Versprechende sich nur insofern verpflichten will, als er bereits schuldet; in Uebereinstimmung hiemit steht der Rechtssatz, daß die Novation einer bedingten Obligation von der Erfüllung der Bedingung abhängig ist[10].

2. Das Entstehen einer neuen formalen Obligation, mag sie sofort fällig oder betagt[11], klagbar oder klaglos[12], durch Einrede tilgbar (civilis inefficax) oder giltig[13] sein; ältere Römische Juristen ließen es sogar unberücksichtigt, daß die Obligation von Anfang an nichtig war[14]; sie behaupteten ferner, daß, falls die Novation von einer Bedingung abhängig gemacht sei, die alte Obligation schon vor Erfüllung der Bedingung untergehe[15]; die späteren machten mit Recht den Untergang der alten Obligation von der Erfüllung der Bedingung abhängig[16], und nahmen gleichzeitig an, daß während schwebender Bedingung die alte Obligation nicht geltend gemacht werden dürfe[17]. — Die Novationsstipulation muß etwas Neues enthalten[18], weil sich sonst kein vernünftiger Grund zur Novation absehen läßt; die Neuerung liegt, wenn die zu novirende Obligation eine nicht formale ist, eben in der Substitution einer formalen Obligation; sie kann ferner bestehen in der Hinzufügung oder Beseitigung[19] von Bedingungen, Zeitbestimmungen, Bürgen (dies hielten die Proculianer nicht für genügend)[20], Conventionalstrafen, in der Aenderung der Person des Gläubigers oder des Schuldners[21]; letzterenfalls sprechen die neueren Juristen von Expromission, wenn Jemand eine fremde Schuld ohne vorherige Abrede mit dem Schuldner übernimmt (— es ist bereits § 254 Text zu Note 2. 3 bemerkt worden, daß die quellenmäßige Bedeutung des Wortes eine viel weitere ist —), und von Delegation, wenn der Schuldner zufolge Ueberweisung seines Gläubigers sich einem Anderen verpflichtet, oder wenn der Schuldner seinem Gläubiger mit dessen Willen einen neuen Schuldner stellt (— es wird § 307 gezeigt werden, daß die quellenmäßige Bedeutung des Wortes eine viel weitere ist —).

3. Das Recht und die Absicht zu noviren:

a. Das Recht zu noviren steht dem dispositionsfähigen Gläubiger zu, außerdem seinem Stellvertreter, sei dieser zur gesammten Vermögensverwaltung befugt oder ausdrücklich zur Novation bevollmächtigt[22], nicht aber dem zur Zahlungsempfangnahme Berechtigten[23], namentlich nicht dem solutionis causa adiectus[23a]. Nimmt Jemand ohne Recht zu noviren die Novationsstipulation entgegen, so bleibt die bisherige Obligation bestehen, und die Novationsstipulation gilt als sog. accessorisches Versprechen[24], der Gläubiger hat alsdann die Wahl zwischen der Er-

---

[9] l. 27. D. h. t. 46, 2. — [10] l. 8. § 1. l. 14. § 1. D. h. t. 46, 2; l. 21. D. de acc. 46, 4. — [11] l. 5. l. 8. § 1. D. h. t. 46, 2. — [12] l. 1. § 1. D. h. t. 46, 2. — [13] l. 8. § 11. l. 14. l. 32. § 5. D. ad sct. Vell. 16, 1; l. 16. C. eod. 4, 29. — [14] Gai. 3, 179. — [15] Gai. 3, 179. — [16] l. 8. § 1. l. 14. pr. l. 24. D. h. t. 46, 2. — [17] l. 50. l. 83. D. de j. dot. 23, 3; l. 36. D. de reb. cr. 12, 1. — [18] § 3. I. qu. mod. obl. toll. 3, 29. — [19] § 3. I. cit.; l. 8. C. h. t. 8, 42. — [20] Gai. 3, 178. — [21] § 3. I. qu. m. obl. toll. 3, 29; l. 8. § 5. D. h. t. 46, 2. — [22] l. 20. pr. § 1. D. h. t. 46, 2. — [23] l. 16. l. 21. l. 25. l. 34. pr. D. h. t. 46, 2. — [23a] l. 10. D. h. t. 46, 2. — [24] l. 9. pr. l. 16. D. h. t. 46, 2.

füllung der einen oder anderen Obligation, die Erfüllung der einen hebt zugleich die andere auf.

b. Die Absicht zu noviren (animus novandi); ohne dieselbe besteht die bisherige Obligation fort, und die Novationsstipulation gilt als accessorisches Versprechen (Note 24); den Beweis der Absicht zu noviren entnahmen die classischen Juristen (wie Justinian berichtet)[25] aus den neuen Abreden in der Novationsstipulation, und sie waren dabei vielfach in Meinungsverschiedenheit gerathen, indem Einige bei irgend welcher Aenderung der Obligation (z. B. Hinzutritt eines Bürgen oder Correalschuldners, Pfandbestellung) eine Novation statuirten. Justinian verordnete deshalb[26], es solle die Novation nicht angenommen werden „nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint". Schon seit den Postglossatoren ist der Sinn dieser Worte bestritten. Zwar ist man darüber einig, daß nicht schon bei irgend welcher Aenderung der Obligation eine Novation eintrete (man drückt dies gewöhnlich so aus: die novatio praesumta existirt nicht); allein man streitet darüber, ob die Novation an eine ausdrückliche Erklärung der Parteien gebunden sei, oder ob nicht aus allen Abreden der Parteien eine stillschweigende Erklärung der Novationsabsicht entnommen werden dürfe (wie man gewöhnlich sagt: ob nur die novatio expressa gelte oder ob die novatio tacita zugelassen sei); den Worten des Gesetzes entspricht offenbar die strenge Ansicht, welche die ausdrückliche Erklärung der Novationsabsicht durch die Parteien verlangt; wenngleich nicht geleugnet werden kann, daß die Vertragstreue darunter leidet.

Noch ist zu bemerken, daß man heutzutage streitet, ob die Novation bloß durch den heutigen Formalcontract (z. B. Wechsel) oder auch durch den formlosen abstracten Vertrag bewirkt werden kann; nach richtiger Meinung sind beide anzuerkennen; wenn aber derjenige, welcher aus irgend einem Consensualcontract Geld schuldet, sich in einem Schuldschein als Darlehnsschuldner bekennt (was heut im Verkehr häufig vorkommt), so liegt darin keine Novation sondern die Constituirung eines Darlehns (vgl. § 273 N. 8), und daraus folgt, z. B. daß das für die Schuld aus dem Consensualcontract gegebene Pfand nicht mit der bisherigen Priorität auf die neue Darlehnsschuld übertragen werden kann; anders bei der Novation, vgl. § 193 unter 1.

2) § 267. Die sog. novatio necessaria.

S. die Literatur bei § 94.

Der Einfluß der Litiscontestation (des Proceßbeginns) und des Urtheils auf die Rechtsverhältnisse im Allgemeinen ist bereits oben in §§ 95. 97. dargestellt; hier handelt es sich um ihren besonderen Einfluß auf die Obligationen.

I. Wiederholentlich wird in den Quellen die Litiscontestation und das Urtheil neben die (freiwillige) Novation gestellt oder sogar als Novation

---

[25] l. 8. C. h. t. 8, 42. — [26] l. 8. C. h. t. 8, 42; § 3. I. qu. m. obl. toll. 3, 29.

bezeichnet[1]; auch mehrere Rechtssätze des Justinianischen Rechts scheinen darauf hinzuweisen, daß jene Acte den von vielen Romanisten ihnen beigelegten Namen der novatio necessaria verdienen: 1) Forderungen, deren Klagen an sich unvererblich sind, werden von der Litiscontestation an vererblich[2]; sie streifen durch die Litiscontestation ihren besonderen Charakter, welcher ihre Unvererblichkeit bewirkt, ab; 2) aus gleichem Grunde wird eine Forderung, die an sich nicht mit der act. de peculio geltend gemacht werden durfte (z. B. ein Delictsanspruch), mit dieser Klage verfolgbar, sobald er durch Urtheil festgestellt ist[3]; 3) Klagen, die in kürzerer Zeit verjähren, verjähren von dem Urtheil an erst in 30 Jahren[4]; 4) mit dem Urtheil hört nach Römischem Recht (§ 42 Note 18) der Zinsenlauf auf, um sich nach Ablauf der Executionsfrist von vier Monaten in größerer Stärke zu erneuern[5].

II. Eine eingehende Betrachtung führt dahin, daß wenigstens nach dem alten Civilrecht eine sog. novatio necessaria existirt hat; denn

1. wegen der Regel des älteren Römischen Rechts: ne bis sit de eadem re actio (§ 95 Note 1. 2) verliert die Obligation, da die Klage im Augenblick der Litiscontestation realisirt wird, (abgesehen von dem gegenwärtigen Proceß) ihre Klagbarkeit; eine klaglose Obligation ist aber dem alten Civilrecht unbekannt, daher ist die eingeklagte Obligation vom Standpunkt des alten Civilrechts aus völlig untergegangen;

2. wie die Regel: iudicio contrahitur[6] besagt (§ 95 Note 47), beginnt mit der Litiscontestation eine Obligation der Parteien: nämlich diejenige, daß die Parteien das Urtheil des Richters, gleichviel ob es begründet ist oder nicht, über sich ergehen lassen müssen. Diese Obligation (auf condemnari oportere) dauert bis zum Urtheil, mit dessen Fällung, falls es condemnatorisch ist, der Verklagte einer neuen Obligation unterworfen wird: das Urtheil zu erfüllen (iudicatum solvi), zu welchem Zweck eine neue Klage, die actio iudicati, dient (§ 97); diese Obligation war zu der Zeit, wo jedes Urtheil auf Geld lautete, offenbar häufig von der ursprünglichen Obligation verschieden;

3. es findet eine Wechselbeziehung zwischen dem Untergang der alten und dem Entstehen der neuen Obligation statt: die letztere ist auf Grund der ersteren entstanden.

Diesen ganzen Vorgang beschreibt Gaius[7] mit den Worten: tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri; et hoc est quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.

III. Allein diese Auffassung verlor ihre innere Wahrheit schon mit dem Augenblick, wo der Begriff der Naturalobligation im Römischen

---

[1] l. 11. § 1. l. 29. D. h. t. 46, 2; l. 3. pr. C. de us. rei jud. 7, 54; Vat. fr. 263. — [2] l. 6. § 3. D. de re jud. 42, 1. — [3] l. 3. § 11. D. de pec. 15, 1. — [4] l. 6. § 3. D. de re jud. 42, 1. — [5] l. 3. C. de us. rei jud. 7, 54. — [6] l. 3. § 11. D. de pec. 15, 1. — [7] Gai. 3, 180.

Recht recipirt wurde; denn seitdem besteht trotz der Litiscontestation und des Urtheils die ursprüngliche Obligation als naturale fort [8], während bei der freiwilligen Novation die ursprüngliche Obligation gänzlich untergeht; deshalb bleiben auch dem Kläger die Nebenrechte (Pfandrecht, Vorzugsrecht im Concurs, Zinsrecht [9], nach Justinianischem Recht [10] auch der Anspruch an den Fidejussor und Correalschuldner), während sie bei der sog. freiwilligen Novation mit der ursprünglichen Obligation aufgehoben werden. Selbst gewisse Einreden können, wenn sie im Proceß versäumt sind, noch dem Anspruch auf Erfüllung des Urtheils (der actio iudicati) entgegengesetzt werden: so namentlich die exc. scti Macedoniani und Velleiani [11], das sog. beneficium cedendarum actionum [12]. Vollends aber ward jener Auffassung die Berechtigung dadurch entzogen, daß der Grundsatz „ne bis sit de eadem re actio" durch immer zahlreichere Ausnahmen fast gänzlich aufgehoben wurde (§ 95 Note 5—9); seitdem bleibt der Schuldner vor wie nach dem Proceßbeginn in gleicher Weise verpflichtet, und das condemnatorische Urtheil hat bloß die Bedeutung, daß der Anspruch des Gläubigers sich in einer liquiden Gestalt darstellt, und fernerhin nur in der vom Richter festgestellten Weise geltend gemacht werden kann. Trotzdem sind mehrere Ueberbleibsel der früheren Auffassung noch heut geltend geblieben (oben I. 1 und 3); und daher wird noch heut darüber gestritten, ob der Litiscontestation und dem Urtheil der Charakter einer Novation zukomme.

D. § 268. Der Erlaß.

v. Völdernborff-Waradein, zur Lehre vom Erlaß. 1850. — v. Scheurl, Beiträge Nr. 14. 1853. — Leist, über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und Rechtsaufhebungsacte. 1876. — Vangerow, § 621.

Der Erlaß ist die Aufhebung einer Forderung durch den Willen des Gläubigers unter Zustimmung des Schuldners. Er kann sowohl als ein abstracter Vertrag wie auch als ein discreter abgeschlossen werden (§ 214).

I. Römisches Recht. Die Erlaßgeschäfte des Justinianischen Rechts waren nur für wenige Obligationen zureichend; es gab nämlich nach dem (übrigens sehr bedenklichen) Grundsatz: prout quidque contractum est, ita et solvi debet [1] bloß zwei Erlaßgeschäfte: 1. die Stipulation wurde durch die Acceptilation [2] aufgehoben, d. h. durch einen Vertrag in Form der Frage und Antwort, worin die Parteien erklären, es solle so gehalten werden, wie wenn der Gläubiger Zahlung empfangen hätte (quod ego tibi promisi, habesne acceptum? acceptum habeo); 2. der Consensualvertrag wurde durch contrarius consensus [3] aufgehoben, d. h. durch die formlose Abrede der Parteien, daß der unerfüllt gebliebene

[8] l. 60. pr. D. de cond. ind. 12, 6; l. 8. § 1. D. r. r. 46, 8. — [9] l. 29. D. h. t. 46, 2; l. 13. § 4. D. de pign. 20, 1. — [10] l. 28. C. de fid. 8, 41. — [11] l. 11. D. ad sct. Mac. 14, 6. — [12] l. 41. § 1. D. de fid. 46, 1; l. 1. § 18. D. de tut. 27, 3.

[1] l. 80. D. de sol. 46, 3; l. 35. l. 100. D. de r. j. 50, 17. — [2] § 1. I. qu. m. obl. 3, 29; t. D. de acc. 46, 4. — [3] § 4. I. qu. m. obl. 3, 29; l. 7. § 6. D. de pact. 2, 14; l. 2. l. 3. l. 5. §§ 1, 2. D. de resc. vend. 18, 5; l. 95. § 12. D. de sol. 46, 3.

Consensualvertrag aufgehoben sein solle. — Um den Erlaß auch auf andere Obligationen anzuwenden, griff man zu zwei Auswegen: a. die Parteien novirten den aufzuhebenden Vertrag durch Stipulation und schlossen hierauf eine Acceptilation; dies war ebenso bei einzelnen Forderungen gebräuchlich als auch dann, wenn ein Gläubiger seinem Schuldner einen Erlaß aller Forderungen ertheilen wollte; für den letzteren Fall hatte Aquilius Gallus das Formular der Novationsstipulation entworfen, welches nach ihm stipulatio Aquiliana hieß[4]; b. der Gläubiger schloß mit dem Schuldner ein pactum de non petendo[5], d. h. der Gläubiger verpflichtete sich, die Forderung nicht klageweise einzufordern; genau genommen lag hierin kein Erlaß, vielmehr hätte man dem Schuldner nur eine exc. pacti gegen die erhobene Klage gewähren sollen[6], im Uebrigen aber hätte die Forderung als klaglose fortbestehen müssen; allein gleichwie das civile Recht, falls es durch das prätorische Edict der Klage beraubt war, zu einer inhaltlosen Form herabsank (§ 79 a. E.), so betrachtete man die Obligation nach geschlossenem pactum de non petendo als eine obligatio inanis (§ 230 Note 29) und gestattete Demjenigen, welcher aus entschuldbarem Irrthum Zahlung leistete, das Gezahlte zurückzufordern[7]. Uebrigens gilt das Gesagte nur für den Fall, daß das pactum de non petendo für immer geschlossen war; wurde es nur für eine Zeit lang eingegangen (namentlich für die Lebenszeit des Gläubigers oder des Schuldners, in welchem Falle es pact. de n. p. in personam im Gegensatz zum pact. de n. p. in rem hieß)[8], so lag darin bloß eine Stundung[8a], und der Gläubiger durfte selbst während der Stundungsfrist seine übrigen Rechte, z. B. das Pfandrecht, das für die Forderung bestellt war, geltend machen[9].

II. Heutiges Recht. Die Acceptilation ist abgekommen; dagegen wird die Quittung häufig ohne voraufgegangene Zahlung und in der Absicht des Erlasses vom Gläubiger ausgestellt; sie unterliegt alsdann den Regeln der Acceptilation (vgl. § 245 Note 15—18). — Der contrarius consensus ist geblieben, und wird zuweilen in unpassender Weise mutuus dissensus genannt. — Hinzugekommen ist heut die Erklärung des Gläubigers, daß er die Forderung erlasse. — Auch der Vertrag wird oft mit dem Gläubiger abgeschlossen, daß er die Forderung nicht einklagen solle; derselbe ist nicht (wie das römische pact. de non petendo) als Aufhebung der Forderung anzusehen, weil bei uns das Verhältniß der Klage zum Recht ein anderes ist als bei den Römern (§ 79 a. E.); auch pflegt er heut nur dann abgeschlossen zu werden, wenn die Forderung auf Zeit oder zwar für immer, aber nur in Einer Beziehung ihre Wirksamkeit verlieren soll (z. B. der Gläubiger verzichtet auf die Geltendmachung des persönlichen Anspruchs, behält sich aber die Geltendmachung des für die Forderung haftenden Pfandrechts vor); diese Darstellung ergibt die Unrichtigkeit der Meinung einiger neuerer Juristen, wonach das pact. de n. p.

---

[4] § 1. I. qu. m. obl. 3, 29; l. 18. § 1. D. de acc. 46, 4; l. 2. l. 4. l. 5. D. de transact. 2, 15. — [5] t. D. 2, 14; t. C. 2, 3: de pactis. — [6] § 3. I. de exc. 4, 13. — [7] l. 40. § 2. l. 32. § 1. D. de c. i. 12, 6; cf. l. 34. § 11. D. de sol. 46, 3; l. 27. § 6. de pact. 2, 14. — [8] l. 7. § 8. l. 17. § 3. l. 25. § 1. D. de pact. 2, 14. — [8a] l. 55. D. de v. s. 50, 16. — [9] cf. l. 32. § 1. D. de c. i. 12, 6.

heutzutage nicht bloß eine Einrede erzeugt, sondern die Obligation ipso iure (also völlig) aufhebt.

III. Insbesondere der erzwungene Erlaß. Nach Römischem Recht kann die Majorität der Gläubiger einer überschuldeten Erbschaft, um den berufenen Erben zum Antritt zu bewegen, ihm einen theilweisen Erlaß mit der Wirkung bewilligen, daß auch die Minorität daran gebunden ist[10]. Die Majorität wird zunächst durch die Größe der Forderungen, bei deren Gleichheit durch die Anzahl der Personen bestimmt. Auf Pfänder und Bürgschaften, welche den zur Minderheit gehörigen Gläubigern bestellt sind, bezieht sich der Erlaß nicht[11]; ob er auch die mit einem privil. exigendi versehenen Gläubiger bindet, darüber besteht in den Quellen eine Antinomie[12], welche wohl zu Gunsten der verneinenden Meinung zu lösen ist. — Die Praxis hatte den Zwang zum Erlaß auf jeden Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ausgedehnt, (— offenbar weil die Majorität nur dann den Erlaß zu gewähren pflegt, wenn er im Interesse der Gläubiger selbst liegt —); die Reichsconcursordnung § 160 ff. hat diese Praxis anerkannt, und das Institut des sog. Zwangsvergleichs einer genauen Regelung unterworfen; aus den Vorschriften der Reichsconcursordnung ist der Satz hervorzuheben, daß jeder Gläubiger, ohne Rücksicht darauf, ob er zur Majorität oder zur Minorität gehörte, seine Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners behält[13].

E. § 269. Der Zufall.

Hofmann, über das Periculum beim Kauf. 1870. — S. auch die Literatur zu § 238. — Vangerow, §§ 591. 635.

I. Es ist bereits im § 238 angegeben, daß der Schuldner für den Zufall, welcher den Schuldgegenstand trifft, in der Regel (nämlich abgesehen von besonderer Abrede sowie von concurrirender Culpa oder Mora) nicht einsteht. Es folgt daraus, daß, wenn die Sache durch Zufall untergeht, die Verpflichtung des Schuldners in der Regel aufgehoben wird[1].

II. Bei den wechselseitigen Obligationen entsteht die Frage, ob der durch Zufall herbeigeführte Untergang des einen Schuldgegenstandes die Verpflichtung beider Parteien oder bloß derjenigen, die den untergegangenen Gegenstand schuldete, aufhebt. Es haben neuere Juristen vielfach versucht, ein einheitliches Princip hiefür aufzustellen; es mußte indeß dieser Versuch vergeblich bleiben, weil die wechselseitigen Obligationen nicht sämmtlich denselben Charakter haben, sondern in Austausch- und Gemeinschaftsobligationen zerfallen, jene aber wiederum in Kauf und kaufähnliche Geschäfte einerseits und in Miethe und miethähnliche Geschäfte andererseits (§ 215). Für jede dieser Geschäftsarten gelten bezüglich der aufgeworfenen Frage besondere Grundsätze.

1. Bei dem Kauf gilt der Grundsatz, daß der den verkauften

[10] l. 7. §. 19.—l. 10. pr. D. de pact. 2, 14; l. 58. § 1. D. mand. 17, 1; l. 23. D. quae in fr. cred. 42. 8. — [11] l. 58. § 1. D. mand. 17, 1; l. 10. pr. D. de pact. 2, 14. — [12] Zwischen l. 58. § 1. D. mand. 17. 1 und l. 10. pr. D. de pact. 2, 14. — [13] Reichsconcursordnung § 178.

[1] l. 92. l. 98. § 8. l. 107. D. de sol. 46, 3.

Gegenstand treffende Zufall auf die Verpflichtung des Käufers keinen Einfluß äußert. Ist daher über eine individuell bestimmte Sache ein perfecter Kauf abgeschlossen werden, so gilt die Regel: periculum est emtoris, und es muß der Käufer den Preis zahlen, trotzdem er die Sache nicht erhält [2]; die entgegengesetzte Meinung früherer Romanisten [3] ist heut allgemein aufgegeben. — Ist über eine individuell bestimmte Sache ein Kauf unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen worden, so ist während schwebender Bedingung nach der gemeinen Meinung zwischen dem sog. periculum interitus und dem periculum deteriorationis zu unterscheiden; ersteres treffe den Verkäufer, letzteres den Käufer; in der That wird dieser Unterschied in einem Quellenzeugniß [4] gemacht, nicht aber wird er dort als geltendes Recht hingestellt, sondern bloß als ein Vorschlag (potest dici, nicht dicendum est), und es muß der Vorschlag verworfen und aller Zufall dem Verkäufer auferlegt werden, weil während schwebender Bedingung der Kauf imperfect ist (§ 53 Note 3); auch sprechen dagegen die Grundsätze des Kaufs über Fungibilien (unten Note 7). — Ist eine individuell bestimmte Masse von Fungibilien (§ 40 Note 6) in Bausch und Bogen (per aversionem) verkauft worden, so ist der Kauf ein perfecter, und es gilt die Regel: periculum est emtoris [5]. Der Kauf ist hingegen imperfect (nach der Meinung der Sabinianer, welche obsiegte) [6]; a) wenn aus einer individuell bestimmten Masse von Fungibilien ein Theil verkauft wird, welcher erst zugemessen, zugewogen, zugezählt werden soll, b) wenn eine individuell bestimmte Masse von Fungibilien derart verkauft wird, daß der Kaufpreis nach dem Maß, Gewicht, der Stückanzahl der Masse bestimmt wird, die Masse selbst also erst gemessen, gewogen, gezählt werden muß. In beiden Fällen des imperfecten Kaufes über Fungibilien ist die gesammte Gefahr bis zur Ausmessung, Abwiegung, Abzählung beim Verkäufer [7]; die Meinung einiger Schriftsteller, daß auch hier zwischen dem peric. interitus und deteriorationis zu unterscheiden sei, findet keinen Anhalt in den Quellen. Ist eine individuell unbestimmte Masse von Fungibilien Gegenstand des Kaufs (bei den Neueren: Lieferungsvertrag, z. B. hundert Scheffel achtzigpfündiger Roggen, tausend Ellen graues Militärtuch), so kommt eine Tragung der Gefahr nicht in Betracht: genus perire non censetur (§ 238 N. 4).

2. Bei der Miethe gilt der Grundsatz, daß der den vermietheten Gegenstand treffende Zufall auch die Obligation des Miethers ergreift. Demnach geht bei der locatio conductio rei, wenn der Gebrauch der Sache für die im Vertrag bestimmte Zeit durch Zufall unmöglich wird, die Obligation selbst unter und der Miether schuldet, wenn der Zufall nach theilweis gemachtem Gebrauch eintrat, den Zins nur für die Zeit,

---

[2] l. 7. pr. l. 8. pr. l. 16. D. de per. et comm. 18, 6; l. 34. § 6. D. de c. e. 18, 1; l. 15. D. de j. d. 23, 3; l. 1. ll. 4—6. C. de per. et comm. 4, 48; § 3. I. de emt. vend. 3, 23. — [3] Wegen l. 33. D. loc. 19, 2; ll. 12—14. D. de per. et comm. 18, 6. — [4] l. 8. pr. D. de per. et comm. 18, 6; cf. Vat. fr. § 16. — [5] l. 4. §§ 1. 2. D. de per. et comm. 18, 6; l. 35. §§ 5. 6. l. 62. § 2. D. de c. e. 18, 1; l. 2. C. de per. et comm. 4, 48. — [6] l. 35. § 5. D. de c. e. 18, 1; l. 2. C. de per. et comm. 4, 48; l. 1. § 1. D. eod. 18, 6. — [7] l. 35. §§ 5—7. D. de c. e. 18, 1; l. 1. § 1. l. 5. D. de per. et comm. 18, 6; l. 2. C. eod. 4, 48.

in welcher er den Gebrauch machen konnte[8]; ist der Gebrauch der Sache bedeutend durch den Zufall gemindert worden, so tritt eine verhältnißmäßige Kürzung des Miethzinses ein[9]; auf besonderen Billigkeitsgründen aber ruht die remissio mercedis zu Gunsten des Pächters, wenn der Gebrauch des Grundstücks durch Zufall ganz oder theilweis ohne Erfolg gewesen ist (§ 294)[10]. — Bei der loc. cond. operarum geht, wenn der Arbeiter durch Zufall (Krankheit, Tod) nicht leistet, die Obligation selbst unter; wenn der Zufall erst nach theilweiser Leistung eintritt, so schuldet der Miether auch den Lohn nur theilweis[11]. Anders[12] bei den operae locari non solitae, welche besonderen Grundsätzen unterliegen (§ 296 unter III). — Bei der loc. cond. operis[13] geht, wenn der Zufall die Anfertigung des Werkes unmöglich macht, die Obligation selbst unter; tritt der Zufall nach theilweiser Anfertigung ein, so muß der Besteller, wenn das Werk gut angefertigt (approbatione dignum) war, den Preis zu einem verhältnißmäßigen Theile entrichten (was Einige ohne Grund leugnen); den vollen Preis muß er zahlen, wenn das vollendete tüchtige Werk vor der Ablieferung durch Zufall untergegangen ist.

3. Bei den Innominatcontracten gelten nach der herrschenden Meinung die Regeln des Kaufs. Es muß aber vielmehr behauptet werden, daß der Unterschied zwischen Kauf und Miethe auch hier wiederkehrt; bei den kaufähnlichen Innominatcontracten (Tausch[14], Hingabe von Geld für die Manumission eines Sklaven)[15] gelten die Grundsätze vom Kauf; bei dem miethähnlichen (Hingabe von Sachen für die Verrichtung von körperlichen Arbeiten) die Grundsätze der Miethe[16].

4. Bei der Gesellschaft bewirkt der zufällige Untergang der Beiträge der einzelnen Mitglieder, daß, wenn ohne solche der Societätszweck nicht erreicht werden kann, die Obligation selbst untergeht (§ 302).

III. Bei denjenigen einseitigen Obligationen, bei welchen eine actio contraria stattfinden kann (den sog. obl. bilaterales inaequales, § 215) hat der Zufall, welcher den Gegenstand der Hauptobligation trifft, keinen Einfluß auf die mit der act. contraria geltend zu machende Nebenobligation[17].

F. § 270. Tod einer Partei. — Confusion.

Vangerow, § 620.

I. Bei dem Tode des Gläubigers oder Schuldners gehen die Obligationen in der Regel nicht unter, sondern auf die Erben über; sind keine Erben vorhanden, so geht der Nachlaß (die Forderungen und

---

[8] l. 9. §§ 3. 4. l. 19. § 6. l. 30. § 1. D. loc. 19, 2. — [9] l. 25. § 2. l. 27. pr. D. loc. 19, 2. — [10] l. 15. §§ 2—7. D. loc. 19, 2. — [11] l. 30. § 1. D. loc. 19, 2. — [12] l. 1. § 13. D. de extr. cogn. 50, 13; l. 11. C. de cond. ob. c. 4, 6. — [13] l. 36. l. 37. l. 59. l. 62. D. loc. 19, 2; l. 10. pr. D. de l. Rhod. 14, 2; l. 15. § 6. D. loc. 19, 2. — [14] l. 5. § 1. D. de pr. v. 19, 5; l. 10. C. de cond. ob. c. 4, 6. — [15] l. 5. § 2. D. de pr. v. 19, 5; l. 3. § 3. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4. — [16] l. 5. pr. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; cf. l. 5. § 2. D. de pr. v. 19, 5. — [17] l. 10. § 1. l. 22. D. de neg. gest. 3, 5; l. 18. § 4. D. comm. 13, 6; l. 8. pr. D. de pign. a. 13, 7; cf. l. 4. D. de imp. 25, 1.

Schulden eingerechnet) als erbloses Gut (bona vacantia) auf Fiscus über. Ausnahmsweise gehen jedoch unter:

1. Obligationen, welche ihrer Natur nach an eine individuelle Person geknüpft sind, z. B. die Forderung auf Bestellung eines Nießbrauchs für eine bestimmte Person, die Schuld einer Arbeit, welche von der persönlichen Fähigkeit des Arbeiters abhängt [1]; deshalb gehen auch Mandats- und Societätsverträge durch den Tod eines der Contrahenten für die Zukunft unter (§§ 302. 306).

2. Auf die Erben des Gläubigers gehen solche Forderungen nicht über, welche auf Genugthuung für eine persönliche Unbill gerichtet sind, und deshalb mit sog. actiones vindictam spirantes geltend gemacht werden; auf die Erben des Schuldners gehen Obligationen aus Delicten oder delictähnlichen Handlungen nur in beschränktem Umfange über (§§ 82. 81).

II. Durch Confusion gehen die Obligationen unter, wenn der Gläubiger Universalsuccessor (§ 47) des verstorbenen Schuldners wird oder umgekehrt [2]; denn Niemand kann sein eigener Schuldner oder Gläubiger werden; ist die Obligation eine correale, so bleiben diejenigen Correi, welche an der Universalsuccession nicht theilnehmen, völlig in ihrer früheren Stellung [3]. Findet zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen eine Universalsuccession statt, so hört die Bürgschaft auf, aber der Hauptschuldner bleibt verpflichtet; findet sie zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner statt, so wird der Bürge als Nebenschuldner befreit. Bei einer Universalsuccession zwischen Hauptschuldner und Bürgen geht die schwächere Schuld unter [4]; dies ist in der Regel die Bürgschaftsschuld, ausnahmsweise ist es die Hauptschuld, z. B. wenn bloß sie klaglos ist [5]. Wird ein Correalgläubiger Universalsuccessor des anderen, ein Correalschuldner Universalsuccessor des anderen, so findet keine Confusion statt [6], und dies zeigt sich z. B. dann, wenn der Universalsuccessor vorher einen Stundungsvertrag eingegangen war [7].

G. § 271. Sog. concursus duarum lucrativarum causarum.

W. Sell, über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligation durch concursus duarum causarum lucrat. 1839. — Hartmann, die Obligation (1. Aufsatz: über den conc. caus. lucr.) 1875. — Vangerow, § 622.

Wenn Derjenige, welchem eine specielle Sache geschuldet wird, vor der Erfüllung der Schuld die Sache anderweitig erwirbt, so ist die Erfüllung der Obligation dem Schuldner fortan unmöglich; allein eine vollständige Befreiung des Schuldners tritt erst dann ein, wenn sowohl die Obligation selbst ein lucratives (§ 48) Rechtsgeschäft war, als auch der spätere Erwerb durch den Gläubiger auf lucrative Weise geschah [1], z. B.

[1] Vgl. l. 31. D. de sol. 46, 3. — [2] l. 75. l. 95. § 2. l. 107. D. de sol. 46, 3. [3] l. 71. pr. D. de fid. 46, 1. — [4] l. 5. l. 14. l. 71. pr. D. de fid. 46, 1. — [5] l. 95. § 3. D. de sol. 46, 3. — [6] l. 5. D. de fid. 46, 1; l. 13. D. de d. r. 45, 2. — [7] l. 93. D. de sol. 46, 3.

[1] l. 17. l. 19. D. de o. et a. 44, 7; § 6. I. de leg. 2, 20; l. 34. §§ 2. 7. 8. l. 82. pr. §§ 4. 6. l. 108. § 9. D. de leg. 1. (30); l. 73. l. 87. pr. D. de leg. 2. (31); l. 21. § 1. D. de leg. 3. (32).

Jemand vermacht einem Anderen eine fremde Sache, der Eigenthümer aber schenkt sie dem Bedachten (bei den Neueren concursus duarum lucrativarum causarum genannt); fehlt eine dieser beiden Bedingungen, so bleibt der Schuldner wenigstens insoweit verpflichtet, als er dem Gläubiger seinen Schaden ersetzen muß; daher muß, wenn (in dem ebengedachten Beispiel) keine Schenkung, sondern Kauf stattgefunden hatte, der Erbe dem Bedachten den Kaufpreis ersetzen [2].

H. § 272. **Aufhebungsgründe der Obligationen, deren bereits anderweit gedacht ist.**

Hierher gehören:

1. die restitutio in integrum (§ 111);

2. das Eintreten einer Resolutivbedingung sowie eines Endtermins (§§ 56. 59);

3. ob und inwieweit durch Verjährung der Klage und richterliches Urtheil die Obligation untergeht, ist bestritten und in §§ 91 und 97 genauer entwickelt;

4. der Verlust zur Strafe (sog. Verwirkung §§ 77. 252. 371 unter II. 4);

5. der Wegfall des Interesses des Gläubigers; denn die Obligation setzt ein Interesse des Berechtigten nicht bloß zu ihrem Entstehen (§ 208), sondern auch zu ihrer Fortdauer voraus; daher hat der Erbe Desjenigen, welcher ein Grundstück auf mehrere Jahre verpachtet und in seinem Testament einem Dritten vermacht hatte, keinen Anspruch gegen den Pächter aus dem Vertrage seines Erblassers [1]; daher verliert der bestohlene Eigenthümer mit dem Eigenthum (z. B. sein Erblasser hatte die Sache einem Dritten unter einer Bedingung vermacht und die Bedingung ist nach dem Diebstahl erfüllt worden) zugleich seinen Schadensersatzanspruch gegen den Dieb [2];

6. das Erlöschen der Hauptobligation; es zieht den Untergang der accessorischen Obligation regelmäßig nach sich. Dieser Satz selbst, sowie die Ausnahmen sind oben § 259 Note 4—7 angegeben.

Zweite Abtheilung.

Die einzelnen Obligationen.

Vorbemerkung.

Bereits in § 208 ist auf die fast unerschöpfliche Mannichfaltigkeit der Gestaltungen des Obligationenbegriffs hingewiesen worden; diese allesammt darzustellen, gehört zu den Unmöglichkeiten; auch bedarf es dessen nicht, da die allgemeinen Lehren der ersten Abtheilung (§§ 208—272) im Ganzen genommen ausreichen. Nur bezüglich derjenigen Obligationen,

---

[2] § 6. I. de leg. 2, 20.

[1] l. 32. D. loc. 19, 2. — [2] l. 14. pr. D. de cond. furt. 13, 1; vgl. auch l. 97. § 1. D. de v. o. 45, 1.

welche durch ihre Häufigkeit eine besonders hohe Bedeutung erlangt haben oder wegen ihrer Eigenthümlichkeiten besonderen Vorschriften unterworfen sind, ist eine eigene Erörterung nützlich resp. nothwendig; sie wird in dieser zweiten Abtheilung (§§ 273—329) gegeben werden.

Erstes Capitel.

Forderungen auf ein Zurückleisten.

Erster Titel.

Das Darlehn.

t. D. XII, 1: de rebus creditis si certum petetur et de condictione. — t. C. IV, 1: de rebus creditis et iureiurando. — t. C. IV, 2: si certum petatur.

A. § 273. Die allgemeinen Grundsätze.

Heimbach, die Lehre vom Creditum nach den in Deutschland geltenden Rechten. 1849. — Vangerow, § 623.

I. **Begriff und Erfordernisse.** Das Darlehn (mutuum, welches Wort in den Quellen fälschlich davon abgeleitet wird: „quod de meo tuum fit") [1], ein Realcontract [2], entsteht durch die Hingabe fungibler Sachen, namentlich von Geld, an einen Anderen zu Eigenthum mit der Abrede, daß dieser das Empfangene in gleicher Quantität und Qualität zurückgeben solle [3]. Zweierlei gehört demnach zur Entstehung des Darlehns:

1. Daß das Eigenthum an den hingegebenen fungiblen Sachen auf den Empfänger übertragen werde; nach Ansicht der späteren [4] römischen Juristen [5] ist es gleichgiltig, ob das Eigenthum unmittelbar oder mittelbar übertragen wird; daher entsteht die Obligation auch dann, wenn der um ein Darlehn Angegangene eine Sache gibt, damit der Empfänger sie verkaufe und den Erlös als Darlehn behalte und der Verkauf der Sache hierauf erfolgt [6]; ferner dann, wenn der um ein Darlehn Angegangene einen Anderen (z. B. seinen Schuldner) zur Auszahlung anweist und dieser die Zahlung im Namen des Anweisenden vollzieht [7] (§ 307); endlich selbst dann, wenn Derjenige, welchem fungible Sachen aus irgend einer Obligation geschuldet werden, mit dem Schuldner dahin übereinkommt, daß letzterer sie als Darlehn behalten solle [8]. Wird hingegen überhaupt kein Eigenthum übertragen (sei es weil der Hingebende kein Eigenthum hat oder weil er nicht veräußerungsfähig ist) [9], so entsteht kein Darlehn [10], es kann jedoch der anfängliche Mangel durch spätere Thatsachen gehoben werden, namentlich dadurch, daß der Empfänger das

---

[1] l. 2. § 2. D. h. t. 12, 1; pr. I. qu. m. re obl. 3, 14. — [2] pr. l. 1. c. 3, 14. — [3] l. 2. D. h. t. 12, 1. — [4] Ueber die älteren (Africanus) vgl. l. 34. pr. D. mand. 17, 1. — [5] l. 11. pr. l. 15. D. h. t. 12, 1. — [6] l. 11. pr. cit.; l. 8. C. si cert. pet. 4, 2. — [7] l. 15. cit. — [8] l. 15. cit.; l. 3. § 3. D. ad sct. Mac. 14, 6. — [9] l. 2. § 4. l. 16. D. h. t. 12, 1; l. 9. pr. D. de a. et c. 26, 8; § 2. I. qu. al. l. 2, 8. — [10] l. 2. § 2. D. h. t. 12, 1.

Empfangene redlich consumirt[11]; es hat alsdann der Geber gegen den consumirenden Empfänger eine Klage, welche die Neueren, weil die Consumtion meist im Ausgeben des Geldes besteht, condictio de bene depensis nennen.

2. Daß der Empfänger die Rückzahlung des Empfangenen in gleicher Quantität und Qualität verspreche[12]; nicht nothwendig ist es, daß hiebei auch die Zeit der Rückgabe festgesetzt wird. Fehlt das Rückzahlungsversprechen (in Folge eines Irrthums, vgl. § 50 Note 9), so entsteht kein Darlehn, doch haftet der Empfänger nach den Grundsätzen der condictio ob causam datorum (§ 282), weil ihm das Eigenthum in der Voraussetzung übertragen wurde, daß er werde Schuldner werden; Neuere haben dieser Klage den Namen condictio Iuvenciana beigelegt, weil die Digestenstelle, welche sie behandelt[13], von Juvencius Celsus herrührt.

II. Verpflichtung. Aus dem Darlehn entsteht lediglich eine Verpflichtung des Empfängers. Der Umfang der Verpflichtung war nach classischem Recht beim Gelddarlehn ein anderer als beim Darlehn von sonstigen fungiblen Sachen, indem bei ersterem (weil die condemnatio formulae eine certa war)[14] der Schuldner zur Zahlung der Darlehnssumme und zu einer poena tertiae partis[15], bei letzterem hingegen zur Zahlung der Darlehnssumme und zur Leistung des Interesses (z. B. zu Verzugszinsen)[16] verurtheilt wurde; demgemäß hieß die Klage des Gläubigers beim Gelddarlehn condictio certi[17], sonst condictio triticaria[18]. Diese Grundsätze erhielten sich auch im Justinianischen Recht trotz des inzwischen geänderten Proceßverfahrens; nur war die poena tertiae partis inzwischen abgekommen; nach dem Reichstagsabschied von 1600 § 139 ist das Gelddarlehn den Regeln des Darlehns in anderen fungiblen Sachen unterworfen, deshalb geht die Klage heut allgemein auf Zahlung der Darlehnssumme und (wo solches nachgewiesen werden kann) auf Leistung des Interesse; sie führt heut allgemein den Namen condictio ex mutuo. — Zinsen schuldet der Darlehnsempfänger an sich nicht[19]; sie entspringen erst aus besonderen juristischen Thatsachen: Versprechen, Verzug, Proceßbeginn. — Die Verpflichtung des Darlehnsschuldners bleibt übrigens selbst dann bestehen, wenn die dargeliehenen Sachen vor ihrem Verbrauch durch Zufall untergehen[20].

B. § 274. Insbesondere das Darlehn an Hauskinder.

t. D. XIV, 6: de scto Macedoniano. — t. C. IV, 28: ad sctum Macedonianum. — Dietzel, das sct. Macedonianum. 1856. — Vgl. die Literatur zu § 230. — Vangerow, § 245.

Nach einem Senatsbeschluß[1] unter Vespasian, veranlaßt durch den Vatermord, welchen ein überschuldeter Haussohn Namens Macedo be-

[11] § 2. I. cit.; l. 11. § 2. l. 12. l. 13. pr. § 1. l. 19. pr. § 1. D. h. t. 12, 1; l. 24. pr. § 2. D. de o. et a. 44, 7; l. 56. § 2. D. de fid. 46, 1. — [12] l. 2. pr. D. h. t. 12, 1. — [13] l. 32. D. h. t. 12, 1. — [14] Gai. 4, 50. — [15] Gai. 4, 13. 171; cf. l. 3. C. de us. 4, 32; l. 24. D. de praescr. v. 19, 5. — [16] l. 12. l. 23. C. de us. 4, 32. — [17] l. 9. § 3. D. h. t. 12, 1. — [18] l. 1. D. de cond. trit. 13, 3. — [19] Vgl. die Stellen oben bei Note 15. — [20] l. 1. § 4. D. de o. et a. 44, 7; § 2. I. qu. m. re 3, 14.

[1] l. 1. pr. D. h. t. 14, 6.

gangen hatte (daher sct. Macedonianum), kann Derjenige, welcher einem Hauskind Geld borgt, gleichviel welches dessen Geschlecht, dessen Alter, dessen Stand ist[2], das Darlehn nicht einklagen; vielmehr kann das Hauskind selbst[3], sein Erbe[4], sein Vater[5] (wenn er überhaupt für das Kind aufkommen muß, § 221), sein Bürge[6] (vorausgesetzt, daß er ein Regreßrecht an das Hauskind hat, § 259 Note 13), der Klage des Gläubigers die exc. scti Macedoniani und zwar noch in der Executionsinstanz[7] entgegensetzen. Die Forderung des Gläubigers wird auch nach Aufhebung der väterlichen Gewalt über den Darlehnsempfänger keine klagbare (kein bonum nomen, wie es im Senatsbeschluß heißt)[8]; aber sie äußert von Anfang an die Wirkungen der Naturalobligation in sehr umfassender Weise (§ 230), und es kann namentlich das auf das Darlehn Zurückgezahlte nicht zurückgefordert werden; hat freilich das Hauskind mit väterlichem Gelde zurückgezahlt, so kann es der Vater, falls der Gläubiger es noch besitzt, vindiciren; hat der Gläubiger es schon verbraucht, so scheint über seine Haftung eine Antinomie in den Quellen vorhanden zu sein[9], die aber wohl dahin zu lösen ist, daß es auf den guten resp. bösen Glauben des Gläubigers beim Verbrauchen des Geldes ankommt. — Auf andere als Gelddarlehne bezieht sich das Gesetz nicht[10]; ebensowenig auf solche Darlehne, die nicht durch wahre Zahlung des Geldes vermittelt worden sind[11] (§ 273 Note 8), noch weniger auf Nichtdarlehnsgeschäfte[12], außer wenn es dabei auf Umgehung des Gesetzes abgesehen ist[13] (z. B. Verkauf einer Sache an das Hauskind auf Credit und sofortiger Rückkauf Seitens des Verkäufers mit baarem Gelde, — im Mittelalter contractus mohatrae, baratae genannt). — Auch bei baaren Gelddarlehnen bleibt das Gesetz bald durchaus, bald bezüglich des Empfängers außer Anwendung.

1. Es bleibt durchaus außer Anwendung:

a. wenn der Vater zur Aufnahme des Darlehns zustimmt, sei es sofort oder später, sei es ausdrücklich oder stillschweigend[14];

b. wenn das Darlehn zum Vortheil des Vaters (z. B. zur Bestreitung der Alimente des Kindes, zur Bezahlung der Schulden des Vaters) aufgenommen oder doch verwendet worden ist[15];

c. wenn das Darlehn durch nothwendige Bedürfnisse des Kindes gerechtfertigt war, z. B. um Schulden des Hauskindes an dritte Personen[16] (nicht an den Vater selbst)[17] zu bezahlen;

d. wenn der Gläubiger den Darlehnsempfänger aus entschuldbarem Irrthum für selbständig hielt[18];

e. wenn der Empfänger des Darlehns Soldat ist (nach einer Ver-

---

[2] l. 1. § 3. l. 9. § 2. D. h. t. 14, 6. — [3] l. 1. §§ 1—3. l. 3. § 4. D. h. t. 14, 6. — [4] l. 7. § 10. D. h. t. 14, 6. — [5] l. 7. § 10. cit.; l. 6. pr. C. h. t. 4, 28. [6] l. 9. § 3. D. h. t. 14, 6. — [7] l. 11. D. h. t. 14, 6. — [8] l. 1. pr. D. h. t. 14, 6. — [9] Zwischen l. 9. § 1. D. h. t. 14, 6 und l. 14. D. de r. c. 12, 1. — [10] l. 7. § 3. D. h. t. 14, 6. — [11] l. 3. § 3. D. h. t. 14, 6; l. 9. C. h. t. 4, 28. — [12] l. 3. § 3. l. 7. pr. § 2. l. 13. D. h. t. 14, 6. — [13] l. 7. § 3. D. h. t. 14, 6. — [14] l. 7. §§ 11. 15. l. 12. l. 16. D. h. t. 14, 6; l. 2. l. 7. pr. C. h. t. 4, 28. — [15] l. 7. §§ 12. 13. D. h. t. 14, 6; l. 2. l. 5. C. h. t. 4, 28. — [16] l. 7. § 14. D. h. t. 14, 6; l. 47. § 1. D. de fid. 46, 1. — [17] l. 7. § 12. D. h. t. 14, 6. — [18] l. 3. pr. l. 19. D. h. t. 14, 6; l. 2. C. h. t. 4, 28.

ordnung von Justinian[19], die jedoch von vielen Juristen mit der Bestimmung 2 a. identificirt wird);

f. wenn der Gläubiger minderjährig ist[20]; denn das Privilegium der Minderjährigen ist stärker als das einer anderen Person.

2. Bezüglich des Darlehnsempfängers bleibt das sct. Macedonianum außer Anwendung:

a. wenn er zur Zeit des Darlehnsempfanges ein pec. castrense vel quasi hatte, soweit dasselbe reicht[21] (denn über diese Güter gilt das Hauskind als selbständig); Einige wollen dies auf die bona adventicia irregularia, Einige sogar auch auf die regularia ausgedehnt wissen;

b. wenn er, nachdem er selbständig geworden, die Schuld ausdrücklich oder stillschweigend anerkennt[22]. Streitig ist, ob in der theilweisen Rückzahlung eine Anerkennung des ganzen Darlehns liegt; nach richtiger Interpretation des darüber handelnden Quellenzeugnisses[23] ist dies zu bejahen.

Zweiter Titel.

Die Leihe.

A. § 275. Leihe im engeren Sinn (Commodatum.)

t. D. XIII, 6: commodati vel contra. — t. C. IV, 23: de commodato. — G. E. Schmidt, das Commodatum und Precarium. 1841. — Vangerow, § 629.

I. Begriff. Die Leihe im engeren Sinn (commodatum), ein Realcontract[1], entsteht durch die Hingabe einer Sache in die Detention[2] eines Anderen (des Commodatars) zum Zweck ihres Gebrauchs, ohne Entgelt[3], mit der Verabredung, daß der Empfänger die Sache nach gemachtem Gebrauch dem Leihenden (commodator, Commodant) zurückgeben solle[4]. Es können sowohl bewegliche als auch (was aber selten geschieht) unbewegliche Sachen geliehen werden[5], sowohl unverbrauchbare als (ad pompam vel ostentationem)[6] verbrauchbare, sowohl eigene des Commodanten als fremde[7]; gehört aber die Sache dem Empfänger, so entsteht kein Vertrag[8], weil Jener schon kraft seines Eigenthums das Detentions- und Gebrauchsrecht hat. — Verspricht der Empfänger eine Gegenleistung in Geld, so entsteht keine Leihe, sondern ein Miethvertrag[9] (daher ist der gebräuchliche Ausdruck „Leihbibliothek" juristisch nicht richtig).

II. Verpflichtungen. Aus dem Commodat entspringt stets eine Verpflichtung des Commodatars, möglicherweise auch eine des Commodanten:

---

[19] l. 7. § 1. C. h. t. 4, 28. — [20] l. 11. § 7. l. 34. pr. D. de min. 4, 4. — [21] l. 1. § 3. l. 2. D. h. t. 14, 6. — [22] l. 2. C. h. t. 4, 28. — [23] l. 7. § 16. D. h. t. 14, 6.

[1] § 2. I. qu. m. re obl. 3, 14. — [2] l. 8. l. 9. D. h. t. 13, 6; l. 3. § 20. l. 20. D. de acq. poss. 41, 2. — [3] § 2. I. qu. m. re obl. 3, 14; l. 17. § 3. D. de pr. v. 19, 5. — [4] l. 3. § 6. l. 4. D. h. t. 13, 6. — [5] l. 1. § 1. D. h. t. 13, 6. — [6] l. 3. § 6. D. h. t. 13, 6. — [7] l. 15. l. 16. D. h. t. 13, 6. — [8] l. 15. D. dep. 16, 3. — [9] l. 5. § 12. D. h. t. 13, 6; § 2. I. qu. m. re obl. 3, 14.

1. Die Verpflichtung des Commodatars. Er muß die geliehene Sache zurückgeben[10], sei es zu der im Vertrage bestimmten, sei es, falls eine Festsetzung der Zeit fehlt, zu einer durch richterliches Ermessen zu bestimmenden Zeit[11]; außerdem alle Früchte der Sache[12] (denn das Commodat gibt bloß die Befugniß zum Gebrauch, nicht zur Fruchtziehung). Er steht regelmäßig für Custodia im engeren Sinn ein[13] (§ 237), nicht bloß für culpa levis, wie die gemeine Meinung behauptet. Die Klage, welche dem Commodanten gegen den Commodatar zur gerichtlichen Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten zusteht, heißt actio commodati directa.

2. Verpflichtung des Commodanten. Er muß dem Commodatar außergewöhnliche nothwendige Verwendungen erstatten[14] (die gewöhnlichen muß der Commodatar tragen)[15]. Er steht in der Regel für culpa lata ein[16]. Die Klage, welche dem Commodatar gegen den Commodanten zur gerichtlichen Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten zusteht, heißt actio commodati contraria.

B. § 276. Das Precarium.

t. D. XLIII, 26: de precario. — t. C. VIII, 9; de precario et Salviano interdicto. — Schmidt, in dem bei § 275 citirten Buche. — Bulling, das Precarium. 1846. — Vangerow, § 691.

Die Legaldefinition[1] lautet: Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur. Danach liegt das Precarium dann vor, wenn verabredet wird, daß der Leiher trotz der Hingabe der Sache nicht gebunden sein solle[2]; mithin ist

1. der Leiher befugt, die Sache, sobald es ihm gefällt, vom Entleiher (Precarist) zurückzufordern[3]; er steht dem Precaristen weder für außerordentliche Verwendungen, noch für culpa lata ein.

2. Umgekehrt war auch der Precarist nach altem Civilrecht obligatorisch nicht verpflichtet[4], und der Leiher war, falls er nicht den Beweis des Eigenthums erbringen konnte, lediglich auf die Redlichkeit der Precaristen angewiesen. Nach späterem Recht aber ist der Precarist zur Rückgabe der Sache[5] und zur Vertretung des Dolus und der Culpa lata[6] verpflichtet; und zwar ist behufs gerichtlicher Geltendmachung dieser Verpflichtung durch das prätorische Edict das interdictum de precario[7] (§ 124), durch das Juristenrecht die actio praescriptis verbis[8] eingeführt. — Daß übrigens der Precarist je nach dem Willen der Parteien

---

[10] l. 2. pr. D. de r. c. 12, 1. — [11] l. 5. pr. l. 17. § 3. D. h. t. 13, 6. — [12] l. 38. § 10. D. de us. 22, 1; l. 14. § 15. D. de furt. 47, 2. — [13] l. 5. § 2. l. 18. pr. D. h. t. 13, 6; l. 1. § 4. D. de o. et a. 44, 7; § 2. I. qu. m. re 3, 14. — [14] l. 18. § 2. D. h. t. 13, 6; l. 15. § 2. l. 59. D. de furt. 47, 2. — [15] l. 18. § 2. D. h. t. 13, 6. — [16] l. 17. § 3. l. 18. § 3. D. h. t. 13, 6.

[1] l. 1. pr. D. h. t. 43, 26. — [2] l. 14. D. h. t. 43, 26; vgl. l. 1. § 1. l. 8. § 3. D. eod. — [3] l. 1. pr. l. 2. § 2. l. 15. pr. D. h. t. 43, 26. — [4] l. 14. D. h. t. 43, 26; l. 14. § 11. D. de furt. 47, 2. — [5] l. 1. pr. § 2. l. 2. § 2. l. 12. pr. l. 15. D. h. t. 43, 26. — [6] l. 2. l. 8. §§ 3. 6. D. h. t. 43, 26; l. 23. D. de r. j. 50, 17. — [7] Vgl. die in der Ueberschrift angezogenen Titel. — [8] l. 2. § 2. l. 19. § 2. D. h. t. 43, 26.

bald den sog. abgeleiteten juristischen Besitz, bald bloß die Detention der Sache erhält, ist bereits in § 112 bemerkt.

Diese Grundsätze sind, wie die herrschende Meinung mit Recht annimmt, noch heut geltend; es kommt sogar das Precarium in mannichfachen Combinationen vor, nämlich theils selbständig, theils in Ergänzung eines anderen Vertrages, z. B. der Verkäufer räumt dem Käufer schon vor Bezahlung des Kaufpreises den Gebrauch der Kaufsache auf Widerruf ein[9], der Faustpfandgläubiger überläßt dem Verpfänder den Gebrauch des Pfandes auf Widerruf[10].

Dritter Titel.

§ 277. Das Depositum.

t. D. XVI, 3; t. C. IV, 34: depositi vel contra. — Vangerow, § 630.

I. Begriff. Die Legaldefinition lautet[1]: Depositum est quod custodiendum alicui datum est. Danach entsteht der Hinterlegungsvertrag (Verwahrungsvertrag, depositum), ein Realcontract[2], durch die Hingabe einer beweglichen Sache in die Detention eines Anderen (Depositar) mit der Verpflichtung, sie zu verwahren und später dem Hinterleger (Deponent) zurückzugeben[3]. Die gemeine Meinung stellt noch ein negatives Requisit auf, nämlich daß kein Entgelt für die Verwahrung verabredet werde; es wird jedoch in § 299 die Unrichtigkeit dieser Meinung gezeigt werden; hier wird bemerkt, daß ein Entgelt nur selten verabredet wird. Soll eine unbewegliche Sache bewacht werden, so unterliegt der Vertrag den Grundsätzen des Mandats (§ 306). Die bewegliche deponirte Sache kann übrigens im Eigenthum des Deponenten stehen oder ihm fremd sein[4]; gehört sie aber dem Empfänger, so entsteht kein Depositum[5], weil die Verwahrung schon im Interesse des Eigenthümers liegt.

II. Verpflichtungen. Aus dem Depositum entspringt stets eine Verpflichtung des Depositars, möglicherweise auch eine des Deponenten:

1. Verpflichtung des Depositars. Er muß die Sache verwahren und zu jeder Zeit auf Verlangen des Deponenten zurückgeben[6]; auch muß er alle Früchte, die er von der Sache gezogen, herausgeben[7], sowie Ersatz leisten, wenn er die Sache selbst gebraucht hat[8] (es liegt hierin nach Römischem Recht ein furtum usus, § 311 N. 8); er steht in der Regel für culpa lata ein[9], wenn er ein Entgelt empfängt, für culpa levis[9a], wenn er sich zur Verwahrung gedrängt hat, für Custodia im engeren Sinne[10]. Wenn die Hinterlegung bei Gelegenheit einer dringenden

---

[9] l. 20. D. h. t. 43, 26; l. 13. § 21. D. de a. e. v. 19, 1; l. 11. § 12. D. quod vi 43, 24. — [10] l. 6. § 4. l. 11. D. h. t. 43, 26.

[1] l. 1. pr. D. h. t. 16, 3. — [2] l. 1. § 5. D. de o. et a. 44, 7; § 3. I. qu. m. re obl. 3, 14. — [3] l. 1. §§ 12. 13. D. h. t. 16, 3. — [4] l. 1. § 39. D. h. t. 16, 3. — [5] l. 15. l. 31. § 1. D. h. t. 16, 3; l. 45. D. de r. j. 50, 17. — [6] l. 1. §§ 22. 45. 46. D. h. t. 16, 3; l. 11. C. h. t. 4, 34. — [7] l. 1. § 24. l. 28. pr. D. h. t. 16, 3; l. 38. § 10. D. de us. 22, 1. — [8] § 6. I. de obl. quae ex del. 4, 1; l. 29. pr. D. h. t. 16, 3; l. 3. C. h. t. 4, 34. — [9] l. 1. § 9. l. 32. D. h. t. 16, 3. — [9a] l. 5. § 2. D. comm. 13, 6. — [10] l. 1. § 35. D. h. t. 16, 3.

Noth (tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa) erfolgt (sog. depositum miserabile), so wird der Depositar, welcher sich eines Dolus schuldig macht, nach Römischem, nicht aber nach heutigem Recht (§ 81) in's Doppelte verurtheilt[11]. Die Klage, welche dem Deponenten gegen den Depositar behufs gerichtlicher Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten zusteht, und welcher der Depositar nach einer Verordnung Justinians[12] weder die Retentions- noch die Compensationseinrede entgegensetzen darf, heißt actio depositi directa.

2. Verpflichtung des Deponenten. Er muß dem Depositar alle angemessenen Verwendungen erstatten[13]. Er muß ihm ferner den Lohn, wenn er ihm einen solchen versprochen hat, zahlen[14]. Er steht für culpa levis ein[15]. Die Klage, welche dem Depositar gegen den Deponenten behufs gerichtlicher Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten zusteht, heißt actio depositi contraria.

§ 278. Abarten des Depositum (Sog. depos. irregulare. Freiwillige Sequestration).

Neustetel in seinen und Zimmerns römisch-rechtlichen Untersuchungen. Nr. 1. 1821. — Schaffrath, praktische Abhandlungen. 1841. — Muther, Sequestration und Arrest im Römischen Recht. 1856. — Vangerow, § 630.

I. Das sog. depos. irregulare. Nach der Darstellung des § 277 wird der Depositar lediglich Inhaber der deponirten Sache, ohne ein Gebrauchsrecht daran zu erwerben; ferner steht er nicht für Zufall ein, und endlich muß er die deponirte Sache selbst zurückgeben. Es können aber die Parteien verabreden, daß der Depositar das Eigenthum der deponirten Sache erwerben solle (so daß er also nach Willkür darüber verfügen kann), daß er für den Zufall haften, und daß er endlich nicht dieselbe Sache, sondern eine Sache von gleicher Quantität und Qualität zurückzugeben befugt sein solle; stillschweigend geschieht diese Abrede dann (und das ist zugleich der häufigste Anwendungsfall), wenn Jemand Geld in der Weise hinterlegt, daß er es dem Depositar unverschlossen übergibt und zuzählt[1]. Dieses von den Neueren depos. irreg. genannte Geschäft ist äußerlich dem Darlehn sehr ähnlich, unterscheidet sich aber von demselben durch den Anlaß und die Absicht der Parteien: das Darlehn soll vor Allem der Geldnoth des Empfängers abhelfen, das unregelmäßige Depositum bezweckt vor Allem die Sicherheit Desjenigen, der sein Geld nicht bei sich verwahren kann. Daher unterliegt das unregelmäßige Depositum nicht den Regeln des Darlehns (namentlich nicht den Vorschriften des sctum Macedonianum noch denjenigen über die querela non numeratae pecuniae)[2]; es wird vielmehr (abgesehen von den oben aufgezählten Abreden) nach den Grundsätzen des Depositum beurtheilt (namentlich bezüglich der Unzulässigkeit der Compensation und Retention sowie bezüglich der Concursprivilegien, wegen der Zinsen[3], — doch sind die

[11] l. 1. §§ 1—4. l. 18. D. h. t. 16, 3; §§ 17. 23. 26. I. de act. 4, 6. — [12] l. 11. C. h. t. 4, 34. — [13] l. 12. pr. l. 23. D. h. t. 16, 3. — [14] l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 2. § 24. D. vi b. r. 47, 8. — [15] l. 61. § 5. D. de furt. 47, 2.

[1] l. 31. D. loc. 19, 2. — [2] l. 14. § 1. C. de non num. pec. 4, 30. — [3] l. 24. l. 25. § 1. l. 26. § 1. l. 29. § 1. D. h. t. 16, 3.

letzten beiden Unterschiede heut weggefallen). Die Intention der Parteien übersehend, wollen einige Neuere das unregelmäßige Depositum als Darlehn behandelt wissen; wie unrichtig dies ist, erhellt daraus, daß nach den Quellen, wenn Jemand Geld regulär deponirt, zugleich aber dem Depositar die Erlaubniß ertheilt, das Geld zu gebrauchen, oder wenn er ihm später auf sein Bitten diese Erlaubniß gibt, das Depositum erst durch den Gebrauch des Geldes, resp. durch die Gewährung der Bitte in ein Darlehn übergeht[4], — offenbar weil vor Allem die Geldnoth des Depositars den Verbrauch des Geldes resp. die Bitte veranlaßt.

II. Freiwillige Sequestration. Zwei Legaldefinitionen finden sich in den Quellen; die eine lautet[5]: Proprie in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur; die andere[6]: Sequester est, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt. Die erste ist die allgemein richtige, die zweite bezeichnet den häufigsten Anwendungsfall. Danach ist die freiwillige Sequestration die Hinterlegung einer Sache Seitens Mehrerer bei einem Dritten (Sequester) mit der Auflage, sie unter bestimmten Umständen zurückzugeben. In der Regel ist der Anlaß der Sequestration ein Rechtsstreit, indem jeder der Deponenten Anspruch auf die Sache erhebt, und dann entscheidet der Ausgang des Streits (das Urtheil, der Vergleich u. s. w.), wer (mit der actio depositi sequestraria)[7] die Rückgabe der sequestrirten Sache verlangen könne[8]. Aber auch ohne Rechtsstreit geschieht zuweilen eine Sequestration, z. B. mehrere Erben deponiren gemeinschaftlich Urkunden bei einem Dritten[9]. — Daß der Sequester je nach der Absicht der Parteien die Detention oder den juristischen Besitz der sequestrirten Sache erlangt, ist bereits in § 112 bemerkt. — Aehnlich der sequestratio voluntaria ist die durch den Richter angeordnete sog. sequestratio necessaria (§ 76).

Vierter Titel.

§ 279. Der Pfandvertrag.

t. D. XIII, 7; t. C. IV, 24: de pigneraticia actione vel contra. — Vangerow, § 631.

I. Begriff. Nicht jede Verpfändung erzeugt eine Obligation zwischen dem Gläubiger und dem Verpfänder, sondern nur diejenige, bei welcher der Verpfänder dem Gläubiger den Besitz des Pfandes überträgt (Faustpfandvertrag, contractus pigneraticius, ein Realcontract)[1]. Der Faustpfandvertrag erzeugt diese Obligation auch da, wo er kein Pfandrecht erzeugt[2] (z. B. der Verpfänder ist nicht Eigenthümer der Sache, nicht hand-

---

[4] l. 9. § 9. l. 10. D. de r. c. 12, 1; l. 34. pr. D. mand. 17, 1; l. 1. § 34. D. h. t. 16, 3. — [5] l. 6. D. h. t. 16, 3. — [6] l. 110. D. de v. s. 50, 16; vgl. l. 17. pr. D. h. t. 16, 3. — [7] l. 5. § 1. l. 12. § 2. D. h. t. 16, 3. — [8] l. 5. l. 6. C. h. t. 4, 34; l. 9. § 3. D. de dolo 4, 3. — [9] l. 17. pr. i. f. D. h. t. 16, 3; l. 5. D. fam. erc. 10, 2; l. 5. C. comm. utr. jud. 3, 38.

[1] l. 1. § 6. D. de o. et a. 44, 7; § 4. I. qu. m. re obl. 3, 14. — [2] l. 9. pr. § 4. l. 11. § 2. l. 32. D. h. t. 13, 7.

lungsfähig u. dgl.); nur wenn das Pfandrecht deshalb nicht entsteht, weil der Gläubiger bereits Eigenthümer der verpfändeteten Sache ist, entsteht auch keine Obligation, weil der Besitz der Sache dem Gläubiger kraft des Eigenthums gebührt [3].

I. Verpflichtungen. Aus dem Faustpfandvertrag entspringt stets eine Verpflichtung des Pfandnehmers (des Gläubigers), möglicherweise auch eine des Verpfänders.

1. Verpflichtung des Pfandnehmers. Er muß die Sache nach Beendigung des Pfandrechts dem Verpfänder zurückgeben [4]; ward das Pfandrecht dadurch beendigt, daß der Gläubiger die Sache verkaufte, so muß er dem Verpfänder den etwaigen Ueberschuß (hyperocha) herauszahlen [5]. Er muß allen Gewinn, welchen er als Pfandgläubiger von der Sache gezogen, herausgeben, nicht also bloß die Früchte der Sache [6], sondern z. B. auch die Privatstrafe, welche ihm der Dieb gezahlt [7], nicht jedoch seinen Antheil an dem Schatz, welchen er in der Pfandsache gefunden hat [8], weil er diesen als Finder erwirbt. Die Früchte kann er im Fall der Antichrese bald ganz, bald theilweise behalten (§ 201). Er steht für Custodia im engeren Sinn ein [9] (§ 237), und nicht bloß (wie die gemeine Meinung annimmt) für culpa levis. Die Klage, welche dem Verpfänder gegen den Pfandnehmer behufs gerichtlicher Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten zusteht, heißt actio pigneraticia directa.

2. Verpflichtung des Verpfänders. Er muß dem Pfandnehmer alle angemessenen Verwendungen erstatten [10] sowie die Verpflichtungen abnehmen, welche er bei Gelegenheit des Verkaufs des Pfandes hat übernehmen müssen (namentlich die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen etwaiger Eviction [11], § 198 Note 23). Er muß ihm, wenn er ihm eine fremde Sache verpfändete, ein anderes Pfand bestellen [12]. Er steht für culpa levis ein [13]. Die Klage, welche dem Pfandnehmer gegen den Verpfänder behufs gerichtlicher Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten zusteht, heißt actio pigneraticia contraria.

III. Ausdehnung. Obige Grundsätze gelten in analoger Weise bei der Hypothek, sie mag durch Vertrag, richterliche Anordnung, Gesetz entstanden sein, natürlich nur soweit ähnliche Verhältnisse vorliegen; es ist dies namentlich dann der Fall, wenn der Gläubiger hinterher das Pfand in seine Hände bekommt (§ 194) [14]. Die betreffende Klage heißt einmal utilis actio exemplo pigneraticiae actionis [15].

---

[3] l. 20. § 3. l. 29. D. h. t. 13, 7; l. 45. pr. D. de r. j. 50, 17. — [4] l. 9. § 3. l. 10. l. 11. pr. §§ 1. 2. l. 40. § 2. D. h. t. 13, 7; l. 11. C. h. t. 4, 24. — [5] l. 24. § 2. l. 42. D. h. t. 13, 7. — [6] l. 6. § 1. l. 22. § 2. D. h. t. 13, 7; l. 1. C. h. t. 4, 24. — [7] l. 22. pr. D. h. t. 13, 7; l. 15. pr. D. de furt. 47, 2. — [8] l. 63. § 4. D. de a. r. d. 41, 1. — [9] § 4. I. qu. m. re obl. 3, 14; l. 13. § 1. D. h. t. 13, 7; l. 19. C. de pign. 8, 14; die abweichende Meinung von Paulus steht in l. 14. l. 30. D. h. t. 13, 7. — [10] l. 8. pr. § 1. l. 25. D. h. t. 13, 7; l. 6. C. de pign. 8, 14. — [11] l. 22. § 4. D. h. t. 13, 7. — [12] l. 9. pr. l. 16. § 1. l. 32. D. h. t. 13, 7. — [13] l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 7. C. h. t. 4, 24. — [14] l. 7. pr. l. 13. D. de distr. pign. 20, 5; l. 4. l. 7. C. h. t. 4, 24; l. 34. D. de damn. inf. 39, 2; l. 5. § 21. D. ut in poss. leg. 37, 4. — [15] l. 5. § 21. cit.

Fünfter Titel.
Grundlose Bereicherung.

Windscheid, die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung. 1850. — Erxleben, die condictiones sine causa. 2. Abth. 1850. 1853. — H. Witte, die Bereicherungsklagen des Gemeinen Rechts. 1859. — Voigt, die condictiones ob causam. 1862.

a. § 280. Die allgemeinen Grundsätze.

Vangerow, § 624.

I. Einleitung. Die Thatsache, daß Jemand zum Schaden eines Anderen bereichert ist, berechtigt den Beschädigten noch nicht zur Einforderung der Bereicherung; zwar nahm man in früheren Jahrhunderten vielfach das Gegentheil an wegen des in den Quellen enthaltenen Ausspruchs: iure naturae aequum est, neminem cum detrimento alterius et iniuria fieri locupletiorem [1], und man gewährte auf Grund dieses Anspruchs eine sog. Bereicherungsklage (actio in factum wegen Bereicherung, vgl. hiezu § 221 a. E. über die sog. Klage aus der nützlichen Verwendung); allein daß jener Ausspruch nicht als Regel, sondern als zu weit gefaßte Abstraction von einzelnen Vorschriften anzusehen ist, wird heut allgemein anerkannt. Der Beschädigte hat nur dann ein Rückforderungsrecht gegen den Bereicherten, wenn besondere Umstände vorliegen, welche die Bereicherung als eine grundlose erscheinen lassen: constat id *demum* posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam [2]. Diese Umstände lassen sich nicht in einen bestimmten allgemeinen Ausdruck zusammenfassen; denn es sind theils reine Rechtsgrundsätze, theils Billigkeitsrücksichten, welche es nicht gestatten, daß ein Erwerb, welchen Jemand in den Formen des Rechts gemacht ist, diesem belassen werde; auch in den Quellen werden sie in den verschiedensten Fällen mit den unbestimmten allgemeinen Worten datum, promissum, quod deprehenditur sine causa, non ex iusta causa u. dgl. bezeichnet [3]. Diese Umstände zu systematisiren: dazu finden sich schon bei den classischen Juristen vielfache, unter einander nicht übereinstimmende Anläufe [4]; meistens unterscheiden sie die Rückforderung eines datum seu promissum ob rem (honestam und turpem) und ob causam. Justinian stellte eine neue Systematisirung auf (welche die gemeine Meinung ganz mit Unrecht den classischen Juristen beilegt), und er benannte danach die Rückforderungsklagen:

1. condictio indebiti: t. D. XII, 6; t. C. IV, 5 (eine Species des datum ob causam der classischen Juristen);

2. condictio causa data causa non secuta oder condictio ob

[1] l. 206. D. de r. j. 50, 17. — [2] l. 1. § 3. D. de cond. s. c. 12, 7; vgl. auch l. 25. D. de a. r. a. 25, 2. — [3] l. 66. D. de cond. i. 12, 6; l. 10. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 3. D. de cond. s. c. 12, 7. — [4] l. 1. D. de cond. ob. t. v. i. c. 12, 5 (Paulus); l. 52. (Pomp.) l. 65. (Paul.) D. de cond. i. 12, 6; l. 1. D. de cond. s. c. 12, 7 (Ulp.); vgl. auch l. 1. pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 (Ulp.).

causam datorum (das datum ob rem honestam der classischen Juristen): t. D. XII, 4; t. C. IV, 6;

3. condictio ob turpem causam: t. D. XII, 5; t. C. IV, 7;

4. condictio ob iniustam causam: t. D. XII, 5; t. C. IV, 9;

5. condictio sine causa: t. D. XII, 7; t. C. IV, 9.

II. Erfordernisse. Nach dem Vorstehenden hat das vorliegende Rechtsverhältniß zwei Voraussetzungen: 1) die Bereicherung Jemandes mit dem Schaden eines Anderen; 2) die Grundlosigkeit dieser Bereicherung.

1. Die Art der Bereicherung kann mannigfach sein: es hat Jemand ohne Grund das Eigenthum oder den Besitz [5] einer Sache oder ein dingliches Recht an einer fremden Sache [6] oder eine Forderung [7] erworben; es ist Jemand ohne Grund von einer Eigenthumsbeschränkung [8] oder einer Schuld [9] befreit worden; es hat Jemand das freie Eigenthum einer Sache erhalten, während er es mit einer Servitut belastet erhalten sollte [10]; es sollte Jemand einen Erwerb nur gegen Caution, ihn unter gewissen Umständen zurückzugeben, machen, und er hat ihn ohne die Caution gemacht [11]; es hat Jemand eine Ausgabe dadurch erspart, daß er eine fremde Sache ohne Grund verbraucht oder gebraucht hat [12] (z. B. es hat Jemand ohne Recht ein fremdes Haus bewohnt, dessen Eigenthümer es hätte vermiethen können); ob auch die Ersparniß durch Empfang von nichtgeschuldeten Arbeiten als Bereicherung anzusehen ist: darüber befindet sich in den Quellen eine Antinomie [13], die ohne Bedenken im Sinne der bejahenden Meinung zu lösen ist. — Die Bereicherung bestimmt zugleich den Umfang der Verpflichtung des Bereicherten; im Allgemeinen hat er das zu leisten, was er zur Zeit des Proceßbeginnes (der Litiscontestation, heute zur Zeit der Klagezustellung, § 95 a. E.) von der empfangenen Leistung noch hat [14]; dazu treten

a. aus der Zeit vor dem Proceß: alle daraus gezogenen Vortheile (omnis causa), sofern sie der Verklagte noch hat [15]; ferner dasjenige, um was die Bereicherung durch den Dolus oder durch die Culpa des Verklagten sich gemindert hat [16]. Mit Unrecht behaupten einige Juristen, daß bei fungiblen Sachen der Verklagte selbst für die Minderung durch Zufall hafte; die dafür angezogenen Quellenzeugnisse [17] beweisen es nicht;

b. aus der Zeit nach dem Proceßbeginn: die regelmäßigen Folgen des Proceßbeginnes (§ 95 unter II.).

---

[5] l. 4. § 2. D. de r. c. 12, 1; l. 15. §§ 1. 2. D. de c. i. 12, 6. — [6] l. 12. D. de c. i. 12, 6. — [7] l. 1. pr. §§ 1. 2. l. 3. D. de c. s. c. 12, 7; l. 7. C. de non n. p. 4, 30. — [8] l. 5. § 6. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — [9] l. 4. l. 10. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 24. D. de m. c. d. 39, 6. — [10] l. 22. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 8. pr. D. de a. e. v. 19, 1. — [11] l. 5. § 1. D. de usufr. e. r. 7, 5; l. 3. § 10. D. si cui plus 35, 3; l. 39. D. de c. i. 12, 6. — [12] l. 65. § 7. D. de c. i. 12, 6. — [13] Zwischen l. 26. § 12. l. 65. § 8. D. de c. i. 12, 6 und l. 25. D. de pr. v. 19, 5. — [14] l. 3. l. 26. § 12. l. 32. pr. l. 65. §§ 7. 8. l. 66. D. de cond. i. 12, 6. — [15] l. 7. § 1. l. 12. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 15. D. de c. i. 12, 6; l. 38. §§ 1—3. D. de us. 22, 1. — [16] l. 26. § 12. l. 65. § 8. D. de c. i. 12, 6; l. 38. § 1. D. de us. 22, 1; l. 37. § 1. l. 39. D. de c. d. 39, 6. — [17] l. 25. D. de pr. v. 19, 5; l. 7. l. 19. § 2. D. de c. i. 12, 6.

2. Die Grundlosigkeit der Bereicherung soll nunmehr im Anschluß an die justinianische Systematisirung dargestellt werden.

b. Insbesondere die Grundlosigkeit der Bereicherung.

1) § 281. Leistung in irrthümlicher Voraussetzung einer Schuld (Condictio indebiti).

t. D. XII, 6; t. C. IV, 5: de condictione indebiti. — Zimmermann, Beiträge zur Theorie der condictio indebiti. 1868. — Vangerow, § 625.

I. Nähere Bestimmung der Leistung in irrthümlicher Voraussetzung einer Schuld. Grundlos ist die Bereicherung dann, wenn sie aus einer Leistung entspringt, welche behufs Erfüllung einer irrthümlich vorausgesetzten Schuld gemacht worden ist. Erforderlich ist also: 1) die Nichtexistenz einer Schuld; 2) die irrthümliche Voraussetzung einer solchen; 3) die Leistung behufs Tilgung der irrthümlich vorausgesetzten Schuld.

1. Eine Schuld existirt nicht, gleichviel ob die Obligation ipso iure nichtig oder ope exceptionis völlig unwirksam ist[1]; gleichviel ob die Obligation im Entstehen begriffen, aber noch nicht völlig entstanden (z. B. eine suspensiv bedingte Obligation vor Erfüllung der Bedingung)[2], oder ob sie entstanden, jedoch später untergegangen ist[3]; selbst dann, wenn auf eine giltige Obligation geleistet ward, aber an einen Anderen als den rechten Gläubiger[4], oder von einem Anderen als dem rechten Schuldner[5], oder eine andere Sache als die geschuldete[6], so ist dies eine Leistung auf eine Nichtschuld. Es ist hingegen eine Schuld vorhanden und das Rückforderungsrecht ausgeschlossen, wenn die Obligation giltig aber noch nicht fällig war[7], ferner wenn sie eine naturale war[8]; selbst dann ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn zwar nicht eine Naturalobligation, aber doch eine sittliche Pflicht die Leistung veranlaßt, z. B. wenn Jemand von einem Capital, das er schuldet, Zinsen zahlt in dem Glauben, daß er sie versprochen habe[9], wenn eine Frau bei der Heirath eine Dos bestellt in dem Glauben, daß sie dazu verpflichtet sei[10]; freilich nehmen Viele in diesen Fällen eine Naturalobligation an (§ 230 unter III. 5).

2. Die Erfüllung einer angeblichen Schuld, deren Nichtexistenz dem Leistenden bekannt ist, kann nicht zurückgefordert werden; vielmehr liegt darin in der Regel[11] eine Schenkung[12]. Nur dann, wenn der Leistende im Irrthum über die Existenz der Schuld ist, kann er zurückfordern[13], und zwar muß, wie die herrschende Ansicht mit Recht annimmt, der Irr-

---

[1] l. 26. §§ 3. 7. l. 30. l. 32. § 1. l. 40. pr. § 2. l. 43. D. h. t. 12, 6. — [2] l. 16. pr. § 1. l. 18. l. 48. l. 60. § 4. D. h. t. 12, 6. — [3] l. 43. D. h. t. 12, 6. — [4] l. 6. §§ 1. 2. l. 22. l. 65. § 9. D. h. t. 12, 6. — [5] l. 19. § 1. l. 65. § 9. cf. l. 44. D. h. t. 12, 6. — [6] l. 19. §§ 3. 4. l. 20. l. 26. §§ 4—6. l. 31. l. 32. pr. § 3. D. h. t. 12, 6. — [7] l. 10. l. 17. l. 57. D. h. t. 12, 6. — [8] l. 13. l. 19. pr. l. 38. pr. l. 40. pr. l. 51. l. 64. D. h. t. 12, 6. — [9] l. 26. pr. D. h. t. 12, 6. — [10] l. 32. § 2. D. h. t. 12, 6. — [11] Ausnahmen: l. 50. D. de sol. 46, 3; l. 31. pr. D. de h. p. 5, 3. — [12] l. 53. D. de r. j. 50, 17; l. 47. D. de op. l. 38, 1; l. 7. § 2. D. pro emt. 41, 4; l. 12. D. de nov. 46, 2. — [13] l. 1. § 1. l. 24. l. 26. §§ 2. 3. D. h. t. 12, 6; l. 9. pr. C. h. t. 4, 5.

thum ein entschuldbarer sein[14], also kein Rechtsirrthum[15], außer wo selbst dieser Verzeihung erhält (§ 10); zwar scheint in den Quellen hierüber eine Antinomie zu bestehen und demgemäß halten Viele die Entschuldbarkeit des Irrthums für gleichgiltig; allein da in vielen Quellenzeugnissen der Rechtsirrthum ausdrücklich als nicht zur Rückforderung genügend hingestellt wird[16], so sind andere, wo dies nicht geschieht[17], offenbar auf die Fälle zu beziehen, in denen ausnahmsweise der Rechtsirrthum für entschuldbar gilt. — Dem Irrthum steht (nach einer Verordnung Justinians)[18] der Zweifel über die Existenz der Obligation gleich. — Darüber ob, wenn die Leistung in der Hingabe einer körperlichen Sache besteht, es auf das Bewußtsein des Empfängers ankommt, besteht eine Streitfrage; nach der herrschenden Ansicht begeht Jeder, welcher eine nichtgeschuldete Sache wissentlich als Zahlung annimmt, einen Diebstahl und haftet deshalb nicht nach den Grundsätzen der grundlosen Bereicherung (mit der cond. indebiti), sondern des Diebstahls (mit der cond. furtiva und actio furti, § 311); nach einer anderen Ansicht begeht nur derjenige einen Diebstahl, welcher, eine Personenverwechslung hervorrufend oder benutzend, bewirkt, daß er von dem Schuldner für die Person seines wahren Gläubigers gehalten wird; die letztere Ansicht entspricht sowohl den allgemeinen Grundsätzen über den Erwerb des Eigenthums durch Tradition (§ 131) als auch den richtig interpretirten Quellenzeugnissen[19] (§ 311 N. 6).

3. Daß die Leistung behufs Erfüllung der irrthümlich vorausgesetzten Schuld geschehe, muß aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Leistenden hervorgehen; es wird dies dadurch bestätigt, daß Derjenige, welcher remuneratorisch schenken wollte, aber bei der Schenkung die belohnende Absicht nicht zu erkennen gab, nicht zurückfordern kann, selbst wenn er hinterher erkennt, daß kein Grund zur Belohnung existirte[20].

II. Beweisfragen[21]. Naturgemäß liegt dem Beschädigten, wenn er die Bereicherung im Wege der Klage (der condictio indebiti) einfordert, der Beweis der unter I. dargestellten Umstände ob; er muß also darthun, daß er zum Zweck der Tilgung einer Schuld geleistet habe (I. 3), welche nicht existirte (I. 1), welche er aber aus entschuldbarem Irrthum als existirend annahm (I. 2)[22]. Nach positiver Bestimmung der Quellen soll jedoch der Beweis der Nichtexistenz der Schuld dem Kläger regelmäßig[23] in zwei Fällen[24] erlassen sein und demgemäß dem Beklagten der Beweis ihrer Existenz obliegen: 1) wenn Verklagter wider besseres Wissen bestreitet, daß Kläger überhaupt geleistet habe und der Kläger den Beweis der Leistung erbringt; 2) wenn Kläger eine Person ist, welche aus mangelnder Geschäftskenntniß eine nicht existirende Schuld als existirend annimmt: ein Minderjähriger, ein Frauenzimmer, ein Soldat, ein unerfahrener Mensch. — Wenn der Beklagte seine Bereicherung bestreitet,

---

[14] l. 25. pr. D. de prob. 22, 3. — [15] l. 10. l. 6. C. de j. et f. i. 1, 18; l. 9. § 5. D. eod. 22, 6; l. 6. l. 7. C. h. t. 4, 5. — [16] S. die Stellen der Note 15. — [17] l. 1. pr. D. ut in poss. leg. 36, 4; l. 32. § 2. l. 38. l. 64. D. h. t. 12, 6; l. 16. § 2. D. de min. 4, 4; l. 5. C. h. t. 12, 6. — [18] l. 11. C. h. t. 4, 5. — [19] l. 43. pr. § 1. l. 80. § 6. D. de furt. 47, 2; cf. l. 66. § 4. eod.; l. 18. D. de c. f. 13, 1. — [20] l. 65. § 2. D. h. t. 12, 6. — [21] l. 25. D. de prob. 22, 3. — [22] l. 25. pr. cit. — [23] Ausnahmen in l. 25. § 2. cit. — [24] l. 25. pr. § 1. cit.

weil er die vom Kläger gemachte Leistung vor dem Proceßbeginn ohne seine Schuld verloren zu haben behauptet, so liegt ihm der Beweis dieser Behauptung ob; ist er jedoch eine verpflichtungsunfähige Person, und war also die Leistung an ihn ungiltig, so muß der Kläger beweisen, daß der Verklagte noch zur Zeit des Proceßbeginns bereichert sei[24a].

III. Ausnahmen. Unzulässig ist die Rückforderung

1. in denjenigen Fällen, in welchen die Regel gilt: lis infitiando crescit in duplum (§ 81 Note 6)[25], denn hier ist die Leistung nicht sowohl aus Irrthum als vielmehr aus Furcht vor der Doppelzahlung erfolgt. Dazu gehörte nach classischem Recht auch der Fall, daß Jemand einem richterlichen Urtheil, welches er als nichtig anfechten könnte, nachkommt; wiewohl das Justinianische Recht diesen Fall der Litiscrescenz nicht mehr kennt, so ist dennoch in unseren Quellen die Rückforderung für unzulässig erklärt[26].

2. Ein Ausspruch der Quellen lautet: poenae non solent repeti, quum depensae sunt[27]; sein Sinn ist anerkanntermaßen dunkel; man erklärt ihn gewöhnlich dahin, daß wenn zur Zeit der Zahlung die Strafe geschuldet war, später aber die Umstände sich so ändern, daß die Strafe nicht mehr gefordert werden kann, die Rückforderung derselben unzulässig ist[28], wenn z. B. Jemand, dem ein Vermächtniß bedingt hinterlassen ist, die Exhibition des Testaments verlangt, und der Inhaber der Testamentsurkunde, weil er sie nicht vorweisen will, das Vermächtniß selbst auszahlen muß, so kann er, auch wenn die Bedingung später fehlschlägt, das Gezahlte nicht zurückfordern; denn zur Strafe für seine Contumaz hat er zahlen müssen. So aufgefaßt enthält jener Ausspruch keine Ausnahme.

2) § 282. Leistung in der Voraussetzung eines künftigen nicht unehrenhaften Umstandes (condictio causa data causa non secuta oder condictio ob causam datorum).

t. D. XII, 4: de condictione causa data causa non secuta. — t. C. IV, 6: de condictione ob causam datorum. — Vangerow, § 626.

Grundlos ist die Bereicherung dann, wenn sie aus einer Leistung entspringt, die in der Voraussetzung eines künftigen, nicht unehrenhaften Umstandes gemacht worden ist, der vorausgesetzte Umstand aber nicht eingetreten ist. Erforderlich ist also: 1) Voraussetzung eines künftigen, nicht unehrenhaften Umstandes (causa futura honesta); 2) Leistung in der Voraussetzung dieses Umstandes; 3) Nichteintreten dieses Umstandes.

1. Der künftige, nicht unehrenhafte Umstand, unter dessen Voraussetzung eine Leistung geschah, und welcher später nicht eintrat, kann sehr mannigfach sein, sowohl eine Handlung des Empfängers als eine sonstige juristische Thatsache:

a. eine Handlung des Empfängers. Der Hauptfall des

[24a] l. 34. pr. D. de min. 4, 4. — [25] § 7. I. de obl. quae qu. ex c. 3, 27; l. 4. C. h. t. 4, 5; l. 2. C. de comp. 4, 31. — [26] l. 74. § 2. D. de jud. 5, 1; l. 36. D. fam. erc. 10, 2; l. 24. § 5. D. mand. 17, 1; l. 1. C. h. t. 4, 5. — [27] l. 42. D. h. t. 12, 6; l. 46. D. de r. j. 50, 17. — [28] l. 3. § 14. D. de tab. exh. 43, 5; andere Fälle s. in l. 35. D. h. t. 12, 6; l. 1. § 2. D. ad l. Jul. amb. 48, 14.

Römischen Rechts (die sog. Innominatrealcontracte)[1] ist heut weggefallen (§ 209 Note 14—22. § 210 unter B. 1); noch praktische Fälle sind z. B. die Hingabe eines Schuldscheins vor der Auszahlung des erwarteten Darlehns, wenn die Auszahlung unterbleibt[2]; das Vermächtniß und die Schenkung unter der Auflage, etwas zu thun, wenn die Auflage nicht erfüllt wird[3] (vgl. § 70 Note 9);

b. eine andere juristische Thatsache: Bestellung einer Dos vor der Ehe, wenn die Ehe später nicht abgeschlossen wird[4]; Collation Seitens Desjenigen, der zwar zur Erbschaft berufen ist, aber später die Erbschaft ausschlägt[5]; das implendae conditionis causa datum (§ 460), wenn der Leistende später nicht Erbe wird[6]; die Schenkung von Todeswegen, wenn der Schenker den Beschenkten überlebt oder eine bevorstehende Lebensgefahr übersteht[7]; die Zahlung an einen freiwilligen Geschäftsführer, wenn der Geschäftsherr (der Gläubiger) dies nicht genehmigt[8]. Besondere Grundsätze gelten für die Schenkung unter Verlobten (§ 346 unter II).

2. Daß die Leistung in der Voraussetzung eines künftigen Umstandes erfolge, muß von dem Leistenden ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden; daher kann Derjenige nicht zurückfordern, welcher einem Anderen ein Geschenk macht in der unausgesprochenen Hoffnung, ein Gegengeschenk zu empfangen, ihn zu einem Dienst zu bewegen, ihn zu beerben, wenn später die Hoffnung sich nicht erfüllt[9].

3. Der Grund, aus welchem der vorgesetzte künftige Umstand nicht eingetreten, ist im Allgemeinen gleichgiltig, und daher kann die Bereicherung zurückgefordert werden, mag jenes Nichteintreten in einer Schuld des Empfängers ihren Grund haben oder im bloßen Zufall[10]; ja selbst die bloße Sinnesänderung des Leistenden berechtigt ihn in gewissen Fällen zur Rückforderung[11] (so bei der vorausgezahlten Dos, wenn die Bestellerin selbst vom Verlöbniß zurücktritt; bei dem, was der Mandant dem Mandatar in die Hände gibt, falls jener das Mandat widerruft; nach Römischem Recht auch bei den Innominatrealcontracten vermöge des ius poenitendi). Nur in einigen derjenigen Fälle, in denen der erwartete Umstand durch Zufall nicht eingetreten ist, entsteht kein Rückforderungsrecht; die Fälle selbst sind bestritten: nach der herrschenden Ansicht dann, wenn der erwartete Umstand in einer Gegenleistung des Empfängers bestand; richtiger ist es, zu behaupten: wenn das Geschäft ein kaufähnliches war (§ 269 Note 14—16).

---

[1] l. 3. §§ 2. 3. l. 5. pr. D. h. t. 12, 4; l. 5. § 1. l. 7. D. de pr. v. 19, 5. — [2] l. 4. C. de cond. ex l. 4, 9; l. 7. C. de non n. p. 4, 30. — [3] l. 2. l. 3. l. 8. C. h. t. 4, 6; l. 1. l. 3. C. de don. quae s. m. 8, 55. — [4] l. 6. l. 7. l. 9. D. h. t. 12, 4; l. 7. § 3. l. 74. D. de j. d. 23, 3; l. 1. C. h. t. 4, 6. — [5] l. 13. D. h. t. 12, 4; l. 3. § 5. D. de coll. 37, 6. — [6] l. 1. § 1. l. 2. D. h. t. 12, 4; l. 65. § 3. D. de c. i. 12, 6. — [7] l. 35. § 3. D. de m. c. d. 39, 6. — [8] l. 14. D. h. t. 12, 6; l. 58. pr. D. de sol. 46, 3. — [9] l. 3. § 7. D. h. t. 12, 4; l. 7. C. h. t. 4, 6; l. 25. C. de transact. 2, 4. — [10] l. 2. l. 3. § 5. l. 7. § 1. l. 10. D. h. t. 12, 4. — [11] l. 38. § 1. D. de us. 22, 1; l. 10. D. de spons. 23, 1; l. 7. § 3. D. de j. d. 23, 3; l. 8. D. h. t. 12, 4; l. 35. § 4. D. de m. c. d. 39, 6.

3) § 283. Leistung in der Voraussetzung eines künftigen unehrenhaften Umstandes (Condictio ob turpem causam).

t. D. XII, 5: de condictione ob turpem vel iniustam causam. — t. C. IV, 7: de condictione ob turpem causam. — Vangerow, § 627.

Grundlos ist die Bereicherung dann, wenn sie aus einer Leistung entspringt, die in der Voraussetzung eines künftigen, für den Empfänger unehrenhaften Umstandes (causa futura inhonesta) gemacht worden ist, gleichviel ob der vorausgesetzte Umstand eingetreten ist [1] oder nicht; z. B. es soll der Empfänger durch die Leistung von der Begehung eines Verbrechens abgehalten [2] oder zur Erfüllung einer bereits bestehenden Obligation angehalten [3] werden. Bezeugt hingegen der vorausgesetzte Umstand *zugleich* eine Unehrenhaftigkeit des Leistenden (z. B. es besticht Jemand einen Richter, es bezahlt Jemand ein Mädchen, um es zu verführen, es kauft sich ein Verbrecher von Demjenigen los, der ihn anklagen oder anzeigen will) [4], oder bezeugt er *bloß* eine Unehrenhaftigkeit des Leistenden (z. B. nach der Ansicht der späteren römischen Juristen, wenn Jemand eine gewerbsmäßige Hure bezahlt) [5], so findet zur Bestrafung des Leistenden kein Rückforderungsrecht statt.

4) § 284. Bereicherung aus einem Delict oder aus einem gemißbilligten Geschäfte (Condictio ob iniustam causam).

t. D. XII, 5: de condictione ob turpem vel iniustam causam. — t. C. IV, 9: de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa. — Vangerow, § 627.

Grundlos ist die Bereicherung, wenn sie aus einem Delict oder aus einem gesetzlich reprobirten Geschäft stammt, z. B. aus einer Leistung, die durch Drohung erpreßt worden ist [1], aus einer Schenkung unter Ehegatten [2], der Gewinn aus unerlaubten Spielen [3], Wucherzinsen [4], die Früchte, welche der unredliche Besitzer consumirt hat [5].

Einige Juristen bestreiten die Existenz einer cond. ob iniustam causam und identificiren sie vielmehr mit der cond. ob turpem causam. Wenn nun auch den classischen Juristen die Nomenclatur der einzelnen Rückforderungsklagen fremd ist (§ 280 N. 4), so hat sie doch Justinian aufgestellt, und namentlich die Bezeichnung „cond. ob iniustam causam" von der anderen „ob turpem causam" geschieden.

5) § 285. Sonstige Fälle der grundlosen Bereicherung (Condictio sine causa).

t. D. XII, 7: de condictione sine causa. — t. C. IV, 9: de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa. — Vangerow, § 628.

Die classischen Juristen und die Kaiser bis auf Justinian verstehen unter dem Haben „sine causa" *jeden* Fall grundloser Bereicherung (§ 280 Note 3), auch diejenigen vier Fälle, welche in den §§ 281—284 dargestellt worden sind. Justinian aber, welcher jene vier Fälle heraushob

---

[1] l. 9. pr. D. h. t. 12, 5. — [2] l. 2. pr. l. 4. § 2. D. h. t. 12, 5. — [3] l. 2. § 1. l. 4. § 4. l. 9. pr. § 1. D. h. t. 12, 5. — [4] l. 2. § 2. l. 3. l. 4. pr. § 1. D. h. t. 12, 5. — [5] l. 4. § 3. D. h. t. 12, 5.

[1] l. 6. l. 7. D. de cond. ob t. v. inj. c. 12, 5. — [2] l. 5. § 18. l. 6. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — [3] l. 3. C. de al. 3, 43. — [4] l. 18. C. de us. 4, 32. — [5] l. 3. C. de c. ex l. 4, 9; l. 22. § 2. D. de pign. a. 13, 7.

(§ 280), fügte, da nicht alle Bereicherungsfälle sich hierunter subsumiren ließen, als suppletorisch eine fünfte Klage hinzu: die condictio sine causa, mit welcher in den übrigbleibenden Bereicherungsfällen der Beschädigte den Bereicherten belangen sollte. Da nun aber das Quellenmaterial dieser condictio sine causa aus den Schriften der classischen Juristen und aus Kaisergesetzen stammt, so begreift es sich, daß die Quellen den Justinianischen Begriff durchaus nicht klar enthalten, und daß deshalb die Einzelfälle vielfach streitig sind. Gewöhnlich zählt man folgende Fälle als hieher gehörig auf:

I. Fälle, in denen der Erwerb von Anfang an grundlos war: 1) es wird etwas um eines rechtlich unmöglichen Zweckes halber hingegeben, z. B. Bestellung einer Dos für eine Ehe, welcher ein Hinderniß entgegenstand[1]; 2) es wird etwas auf Grund eines nichtigen Geschäfts gegeben, z. B. auf Grund eines Alimentenvergleichs, bei welchem die Formvorschriften unbeachtet geblieben sind[2] (§ 101 N. 12); 3) es hat Jemand durch die unberechtigte Veräußerung einer fremden Sache einen Gewinn gemacht[3]; 4) es hat ein Handlungsunfähiger etwas geleistet und der Empfänger hat daraus einen Gewinn gemacht[4].

II. Fälle, in denen der Erwerb hinterher grundlos wurde (causa finita): 1) ein Schuldschein ist nach der Aufhebung der Schuld in den Händen des Gläubigers geblieben[5]; 2) die Arrha ist trotz Erfüllung der Obligation in den Händen des Gläubigers geblieben[6]; 3) es hat Jemand für eine abhanden gekommene Sache Entschädigung von einem Anderen erhalten, und er erlangt später die Sache selbst[7]; 4) eine Schenkung wird wegen Undanks widerrufen[8]; 5) der Quasiusufructuar gibt trotz Beendigung des Quasiususfructus dem Proprietar nichts zurück[9].

Zweites Capitel.

Austauschobligationen.

Erster Titel.

Der Kauf.

A. § 286. Begriff und nähere Erklärung.

t. D. XVIII, 1: de contrahenda emtione et venditione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt. — t. C. IV, 38: de contrahenda emtione et venditione. — t. I. III, 23: de emtione et venditione. — Bechmann, der Kauf nach G. R. Bd. 1. 1876. — Vangerow, §§ 632. 611. 604.

Der Kaufvertrag (emtio venditio), ein Consensualcontract, entsteht dadurch, daß der Eine (venditor) dem

---

[1] l. 5. D. h. t. 12, 7; l. 1. C. de cond. ob c. 4, 6. — [2] l. 23. § 2. D. de cond. ind. 12, 6. — [3] l. 23. D. de r. c. 12, 1; l. 1. C. de reb. al. 4, 51. — [4] l. 29. l. 41. D. de c. i. 12, 6; l. 12. l. 19. § 1. D. de r. c. 12, 1; l. 24. pr. D. de o. et a. 44, 7. — [5] l. 2. C. h. t. 4, 9. — [6] l. 11. § 6. D. de a. e. 19, 1. — [7] l. 2. D. h. t. — [8] l. 7. C. de rev. don. 8, 56. — [9] l. 5. § 1. D. de usufr. ear. r. 7, 5.

Anderen (emtor) einen Gegenstand für eine Geldsumme zu überlassen, der Andere dem Ersteren die verabredete Geldsumme für den Gegenstand zu zahlen verspricht.

I. Der Kaufgegenstand kann mannigfach sein[1]: eine körperliche Sache wie eine unkörperliche (eine zu errichtende Servitut[2], die Ausübung eines schon bestehenden Nießbrauchs[3], eine Forderung)[4]; eine unbewegliche wie eine bewegliche (merx)[5], daher auch Geld; eine gegenwärtige wie eine zukünftige, sei es daß sie erst von Menschenhand verfertigt werden oder auf natürlichem Wege entstehen soll (res sperata, — wohl zu unterscheiden von der spes, § 216); eine einzelne Sache wie eine Mehrheit (selbst ein ganzes Vermögen[6], eine Erbschaft)[7]; eine eigene des Verkäufers wie eine fremde[8]. Nichtig hingegen ist der Vertrag:

1. über eine Sache, welche nicht existirt und auch nicht als zukünftig gedacht wird (die Erfüllung eines solchen Vertrags ist unmöglich)[9]; ausnahmsweise wird der Käufer, wenn er die Nichtexistenz allein kennt, verpflichtet[10], da alsdann im Kaufe eine Schenkung versteckt ist;

2. über eine res extra commercium[11]; doch erklärten einige römische Juristen den Kauf als giltig, wenn nur der Käufer im Irrthum war[12], andere nur dann, wenn es sich um einen freien Menschen handelte, den Jemand irriger Weise als Sklaven gekauft hatte[13];

3. über eine gestohlene Sache, deren Furtivität beide Theile kennen; ist sie beiden Theilen oder bloß dem Käufer unbekannt, so gilt der Vertrag; ist sie bloß dem Verkäufer unbekannt, so entsteht ein sog. negotium claudicans[14] (vgl. § 215 Note 6);

4. über eine Sache, welche dem Käufer bereits gehört[15] (suae rei emtio non valet), es sei denn, daß ihm der Besitz oder der Nießbrauch fehlt[16].

II. Vom Kaufpreis gilt die Regel: das pretium muß pecunia numerata, certum und verum sein, es braucht nicht iustum zu sein. — Der Kaufpreis muß (nach der Ansicht der Proculianer[17], welche schon in der classischen Zeit durchdrang) in Gelde bestehen[18]; sonst ist es ein anderes Geschäft (Tausch, Innominatcontract), doch kann außer dem Gelde noch etwas Anderes versprochen werden[19]. — Der Kaufpreis muß bestimmt (pretium certum) sein; es genügt, wenn er objectiv bestimmt ist (z. B. quantum pretii in arca habeo)[20]. Wird die Bestimmung des Kaufpreises in das Ermessen eines Dritten gestellt, so ist der Kauf bedingt, bis der Dritte die Bestimmung getroffen

---

[1] l. 34. § 1. D. h. t. 18, 1. — [2] l. 20. D. de serv. 8, 1. — [3] l. 12. § 2. D. de usufr. 7, 1. — [4] t. D. de her. vel act. vend. 18, 4; t. C. 4, 39. — [5] l. 66. D. de v. s. 50, 16. — [6] l. 33. D. de aed. ed. 21, 1; l. 5. D. de ev. 21, 2. — [7] S. die Note 4. — [8] l. 28. D. h. t. 18, 1. — [9] l. 15. pr. l. 57. l. 58. D. h. t. 18, 1. — [10] l. 57. § 2. cit. — [11] l. 34. § 1. D. h. t. 18, 1. — [12] ll. 4—6. D. h. t. 18, 1; § 5. I. h. t. 3, 23. — [13] l. 70. l. 34. § 2. D. h. t. 18, 1; l. 39. § 3. D. de ev. 21, 2; l. 4. D. qu. ad lib. 40, 13; ll. 22—24. l. 34. § 1. l. 62. § 1. D. h. t. 18, 1. — [14] l. 34. § 3. D. h. t. 18, 1. — [15] l. 16. pr. l. 18. pr. D. h. t. 18, 1; l. 4. l. 10. C. h. t. 4, 38; l. 45. pr. D. de r. j. 50, 17. — [16] l. 34. § 4. D. h. t. 18, 1; l. 28. D. de poss. 41, 2. — [17] Gai. 3, 141. — [18] l. 1. l. 72. pr. D. h. t. 18, 1; l. 1. D. de perm. 19, 4; § 2. I. h. t. 3, 23. — [19] l. 6. § 1. D. de a. e. v. 19, 1. — [20] § 1. I. h. t. 3, 23; l. 7. § 1. D. h. t. 18, 1; l. 37. eod.

hat[21]; übrigens kann der Kaufpreis nach richtiger Meinung auch ins billige Ermessen eines Contrahenten, nicht aber in sein Belieben gestellt werden[22] (§ 208 Note 13—15). — Die Höhe des Kaufpreises braucht nicht dem Werth der Sache zu entsprechen[23]: es braucht kein iustum pretium zu sein; erst durch Rescripte Diocletians[24] (nicht aber, wie Einige meinen, schon nach älterem Recht)[25] ward bestimmt, daß der Verkäufer, wenn er weniger als die Hälfte des wahren Werthes empfangen hat, vom Vertrage (propter laesionem enormem, Verletzung über die Hälfte) zurücktreten kann, es sei denn, daß der Käufer das zum wahren Werth Fehlende nachzahlt; die Praxis übertrug dies auf den Käufer, welcher mehr als das Doppelte des wahren Werthes gezahlt hat, ja sogar auf alle Austauschgeschäfte. Die Reichspolizeiordnung von 1577 verordnete für den Kauf der Früchte auf dem Halm oder Stock, daß dabei nicht mehr als der zur Zeit der Vertragsschließung oder vierzehn Tage nach der nächsten Ernte gebräuchliche Preis festgesetzt werden dürfe. — Zu unterscheiden von dem dem Werth der Sache nicht entsprechenden Preis ist der nicht ernsthaft gemeinte Preis (venditio nummo uno); der Preis muß ernsthaft gemeint (pretium verum) sein, sonst unterliegt das Geschäft den Regeln der Schenkung[26]; auch wenn freiwillig und aus Gunst unterm Werthe verkauft wird (Freundschaftskauf, sog. venditio gratiosa), finden, insoweit dies geschieht, die Regeln der Schenkung Anwendung[27] (§ 68 Note 7. 8. 11 und § 347 Note 8—10).

III. Perfection des Vertrages. Als Consensualcontract ist der Kaufvertrag dann abgeschlossen (perfecta emtio venditio), wenn die Parteien über die wesentlichen Punkte des Geschäftes (den Kaufgegenstand und den Kaufpreis) einig sind[28]. Es gibt Fälle, in denen die Einigung der Parteien eine nur scheinbare ist, und Fälle, in denen sie eine ungewisse ist:

1. Fälle von nur scheinbarer Einigung der Parteien. Diejenigen Thatsachen, welche das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts überhaupt verhindern und nur den Schein eines solchen veranlassen (Simulation, Scherz, physische Gewalt, wesentlicher Irrthum, § 50) verhindern auch das Zustandekommen des Kaufvertrages. Dazu treten folgende neue Fälle:

a. Irrthum über die Qualität oder sog. error in substantia. Nach der Ansicht der späteren classischen Juristen[29] ist der Vertrag nichtig, wenn Jemand irrthümlicher Weise statt eines goldenen oder silbernen Gefäßes eines von Bronce oder Blei, statt Wein Weinessig, statt eines Sklaven eine Sklavin kauft[30] (nicht aber, wenn statt eines Gefäßes von

[21] Gai. 3, 140; l. 15. C. h. t. 4, 38; § 1. I. h. t. 3, 23. — [22] l. 35. § 1. D. h. t. 18, 1; l. 22. § 1. D. de r. j. 50, 17. — [23] l. 16. § 4. D. de min. 4, 4; l. 22. § 3. l. 23. D. loc. 19, 2; Nov. 97. c. 1. — [24] l. 2. l. 8. C. de resc. vend. 4, 44; vgl. l. 3. l. 4. l. 12. l. 15. C. eod.; c. 3. c. 6. X. de e. et v. 3, 17. — [25] Man stützt sich auf l. 16. l. 17. l. 54. D. de c. e. 18, 1; l. 78. l. 79. D. pro soc. 17, 2; l. 6. § 2. l. 12. § 1. D. de j. d. 23, 3; l. 3. C. comm. utr. j. 3, 38. — [26] l. 36. D. h. t. 18, 1; l. 3. l. 9. C. h. t. 4, 38. — [27] l. 38. D. h. t. 18, 1; l. 5. § 5. l. 31. § 3. l. 32. § 26. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 17. pr. D. ad sct. vell. 16, 1. — [28] ll. 9—15. D. h. t. 18, 1. — [29] Ueber die älteren s. l. 9. § 2. D. h. t. 18, 1. — [30] l. 9. § 2. l. 11. § 1. l. 14. l. 41. § 1. D. h. t. 18, 1.

besserem Golde ein solches von schlechterem, statt guten Weines umgeschlagenen, statt neuer Kleider alte, statt einer jungfräulichen Sklavin eine Sklavin, die schon einmal geboren hat, statt Tische von einer besseren Holzart solche von einer schlechteren)[31]. Man hat daraus früher die Regel abgeleitet, daß der Irrthum über den Stoff einer Sache (sog. error in substantia) ein wesentlicher, den Vertrag vernichtender sei, während der Irrthum über andere Eigenschaften (sog. error in bonitate) die Giltigkeit des Vertrages nicht beeinflusse. Richtiger und den erwähnten Quellenbeispielen conformer geht die jetzt herrschende Meinung dahin, daß der Vertrag nur dann nichtig ist, wenn einer der Contrahenten den Kaufgegenstand vermöge einer irrig vorausgesetzten Eigenschaft zu einer anderen Art von Sachen nach den Verkehrsbegriffen rechnete, als wozu er wirklich gehört. Die Nichtigkeit des Vertrages aus diesem Grunde kann nur von Dem geltend gemacht werden, der durch den Irrthum in Nachtheil versetzt ist[32]; daher ist ein einseitiger Vertrag (z. B. eine Stipulation, ein Schenkungsversprechen) trotz wesentlichen Irrthums des Gläubigers über die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes giltig[33].

b. Irrthum über die Quantität. Der Vertrag ist nichtig, wenn der Verkäufer einen höheren Preis als der Käufer meinte[34]; im umgekehrten Falle gilt der Vertrag zu dem niedrigeren Preis[35], weil über diesen beide Theile einig sind. — Ein Irrthum über den Umfang der Sache (z. B. Jemand glaubt einen Acker von 100 Joch zu kaufen, während es nur 90 Joch sind) verhindert den Consens der Parteien nicht; jedoch mindert sich der Kaufpreis, wenn etwas an dem zugesicherten Umfange fehlt[36], er erhöht sich, wenn mehr als der zugesicherte Umfang vorhanden ist[37].

2. Fälle von ungewisser Einigung der Parteien. Ungewiß wird die Einigung der Parteien bezüglich ihres Entstehens durch Hinzufügung einer Suspensivbedingung, bezüglich ihrer Dauer durch Hinzufügung einer Resolutivbedingung. Besonders häufige Fälle dieser Art sind folgende:

a. Kauf auf Probe, auf Besicht, sog. emtio ad gustum. Je nach der Absicht der Parteien (und das ist besonders bezüglich des Gefahrüberganges von Wichtigkeit, § 269 unter II. 1) ist die Vertragsbedingung eine suspensive[38] oder eine resolutive[39]; die Erfüllung resp. Deficienz der Bedingung hängt von einer Erklärung des Käufers ab, daß ihm die Sache gefalle oder mißfalle. Bei Abgabe dieser Erklärung kann der Käufer nach richtiger Meinung seinem Belieben folgen und ist nicht verpflichtet, sie besonders zu begründen. — Unter den Kauf auf Probe wird von Einigen der Kauf mit hinzugefügtem Reuvertrage (pactum

---

[31] l. 10. l. 14. l. 45. D. h. t. 18, 1; l. 21. § 2. D. de a. e. v. 19, 1. — [32] l. 45. i. f. D. h. t. 18, 1. — [33] l. 22. D. de v. o. 45, 1; l. 1. § 2. D. de p. a. 13, 7. — [34] l. 52. D. loc. 19, 2. — [35] l. 1. § 4. D. de v. o. 45, 1. — [36] l. 69. § 6. D. de ev. 21, 2; cf. l. 42. D. de a. e. v. 19, 1. — [37] l. 40. § 2. D. h. t. 18, 1; l. 45. D. de ev. 21, 2; l. 13. § 14. D. h. t. 18, 1. — [38] § 4. I. h. t. 3, 23; l. 20. § 1. D. de pr. v. 19, 5. — [39] l. 3. D. h. t. 18, 1; l. 2. § 5. D. pro emt. 41, 4; l. 11. § 13. D. quod vi a. c. 43, 24; l. 4. C. de aed. 4, 58.

displicentiae)[40] gestellt; derselbe ist aber schlechthin unbedingt abgeschlossen, nur kann der Käufer davon zurücktreten, und geschieht dies, so hören die Wirkungen des Kaufes nicht ipso iure auf, sondern erst dann, wenn der Käufer die nöthigen Handlungen vorgenommen hat; daher erwirbt der Verkäufer das Eigenthum der Kaufsache erst dann wieder, wenn der Käufer sie ihm retradirt. — Verschieden von dem Kauf auf Probe ist der Kauf nach Probe und der zur Probe; ersterer ist der unbedingte Kauf einer Quantität von Sachen, welche einer vorgelegten Probe entsprechen sollen; letzterer ist ein unbedingter Kauf irgend welcher Sache, bei dessen Abschluß der Käufer dem Verkäufer Hoffnung macht, daß er später noch mehr kaufen werde.

b. Der Vorbehalt des besseren Käufers, in diem addictio[41]. Je nach der Absicht der Parteien (und das ist besonders für den Gefahrübergang von Bedeutung, § 269 unter II. 1) ist die Vertragsbedingung eine suspensive oder eine resolutive[42]; ersterenfalls entsteht der Vertrag erst dann, wenn sich innerhalb der verabredeten Frist kein besserer Bieter findet oder der sich findende bessere Bieter vom Verkäufer nicht angenommen wird; letzterenfalls besteht der Vertrag sofort, verliert aber ipso iure seine Giltigkeit, wenn sich binnen der verabredeten Frist ein besserer Bieter findet und vom Verkäufer angenommen wird. Die Vermuthung spricht für die Resolutivbedingung[43]. Das bessere Gebot kann nicht bloß im Umfange des Kaufpreises liegen, sondern auch in Zahlungsmodalitäten, in der Sicherheit des Käufers, in einer Minderung der Pflichten des Verkäufers[44]. Die Annahme des besseren Bieters hängt vom Belieben des Verkäufers ab[45]; nimmt er ihn an, so muß er dem ersten Käufer freistellen, ob er in das bessere Gebot eintreten und einen neuen Kaufvertrag unter den besseren Bedingungen abschließen wolle[46]. Kommt der neue Kaufvertrag, sei es mit dem besseren Bieter sei es mit dem ersten Käufer zu Stande, so gebühren die Früchte der vorhergehenden Zeit dem Verkäufer[47], denn der frühere Verkauf ist beseitigt.

c. Die lex commissoria[48] ist hier (über eine andere Bedeutung beim Pfandvertrag s. § 198 Note 31) die Abrede (lex), wonach der Verkäufer den Vertrag für nichtabgeschlossen erklären kann, wenn der Käufer seinen Verbindlichkeiten aus demselben nicht rechtzeitig nachkommt[49]. Diese Abrede enthält im Zweifel eine Resolutivbedingung[50]. Erfüllt der Käufer seine Verbindlichkeiten nicht rechtzeitig, so ist der Verkäufer berechtigt[51], seinen Rücktritt vom Vertrage zu erklären, gleichviel ob die Nichterfüllung oder die nicht rechtzeitige in einer Schuld des Käufers ihren Grund hatte oder nicht, gleichviel ob der Verkäufer den Käufer gemahnt hatte oder nicht[52]. Er-

---

[40] l. 6. D. de resc. v. 18, 5; l. 20. pr. D. de pr. v. 19, 5; l. 31. § 22. D. de aed. e. 21, 1; l. 3. i. f. D. qu. m. p. 20, 6. — [41] t. D. 18, 2: de in diem addictione. — [42] l. 2. pr. D. de in d. a. 18, 2. — [43] l. 4. § 6. l. 5. l. 14. § 5. l. 15. § 1. D. de i. d. a. 18, 2. — [44] l. 2. § 4. D. pro emt. 41, 4. — [45] l. 9. l. 11. § 1. l. 12. l. 13. l. 14. § 2. D. de i. d. a. 18, 2. — [46] l. 6. § 1. l. 7. l. 8. D. de i. d. a. 18, 2. — [47] l. 6. eod. 18, 2. — [48] t. D. 18, 3: de lege commissoria. — [49] l. 1. D. de l. c. 18, 3. — [50] l. 1. D. cit.; l. 2. § 3. D. pro emt. 41, 4. — [51] l. 2. l. 3. l. 4. § 2. D. de l. c. 18, 3. — [52] l. 4. § 4. D. eod. 18, 3.

klärt er seinen Rücktritt, so fällt nicht bloß das, was er geleistet, an ihn zurück, sondern er behält außerdem das, was der Käufer als Arrha, nach richtiger Meinung auch das, was dieser sonst bereits geleistet hatte; der Käufer kann aber in diesem Falle die Früchte, welche er in der Zwischenzeit aus dem Empfangenen bezogen, für sich behalten[53].

B. § 287. Verpflichtungen der Contrahenten.

t. D. XIX, 1; t. C. IV, 49: de actionibus emti et venditi. — Vangerow, §§ 633. 634.

Aus dem Kaufvertrage entspringen stets Verpflichtungen beider Parteien.

I. Die Verpflichtung des Käufers. Er muß den Kaufpreis zahlen, d. h. das Eigenthum daran dem Verkäufer übertragen[1], und zwar Zug um Zug gegen den Kaufgegenstand; zahlt er ihn später, so muß er, selbst wenn er nicht in Verzug ist, ihn verzinsen[2] (§ 42 N. 13). Er muß dem Verkäufer alle angemessenen Verwendungen ersetzen[3]. Er steht für culpa levis ein (§ 236). — Daß der Käufer dieser Verbindlichkeiten nicht überhoben wird, selbst wenn dem Verkäufer die Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch Zufall unmöglich wird, mit anderen Worten, daß der Käufer die Gefahr trägt (periculum est emtoris), ist bereits genauer in § 269 unter II. 1 erörtert. — Die Klage, welche dem Verkäufer gegen den Käufer behufs gerichtlicher Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten zusteht, heißt actio venditi.

II. Die Verpflichtung des Verkäufers. Er muß den Kaufgegenstand dem Käufer leisten (z. B. eine körperliche Sache übergeben) und zwar so, daß der Käufer ihn ungehindert durch Rechte dritter Personen haben und beherrschen kann[4]. Mit dem Kaufgegenstand muß er alle Pertinenzen herausgeben[5], sowie allen Gewinn, welchen er seit Abschluß des Vertrages aus der Sache gezogen oder ziehen konnte, namentlich Früchte[6] (über die Miethzinsen vgl. § 238 a. E.). Er steht für culpa levis ein[7]. — Trotz der Leistung des Kaufgegenstandes wird der Verkäufer von seiner Verpflichtung dann nicht befreit, wenn er überhaupt kein Recht an dem Geleisteten hatte oder nur ein mangelhaftes, ferner wenn der Kaufgegenstand der zugesicherten Eigenschaften entbehrt oder an Fehlern leidet; die Ansprüche, welche in diesen Fällen dem Käufer gegen den Verkäufer zustehen, werden in den §§ 288. 289 erörtert werden. — Die Klage, welche dem Käufer gegen den Verkäufer behufs gerichtlicher Geltendmachung von dessen Verbindlichkeiten zusteht, heißt in der Regel actio emti.

---

[53] l. 4. § 1. l. 6. pr. l. 8. D. eod. 18, 3; l. 1. C. de pact. i. e. et v. 4, 54.

[1] l. 13. § 20. l. 11. § 2. D. h. t. 19, 1; l. 1. pr. D. de perm. 19, 4. — [2] l. 13. §§ 20. 21. D. h. t. 19, 1; l. 5. C. h. t. 4, 49; l. 18. § 1. D. de us. 22, 1; l. 2. C. eod. 4, 32. — [3] l. 13. § 22. l. 38. § 1. D. h. t. 19, 1; l. 13. l. 16. C. h. t. 4, 49. — [4] l. 11. § 2. l. 30. § 1. D. h. t. 19, 1; l. 25. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 1. pr. D. de perm. 19, 4. — [5] l. 13. § 31. ll. 14—18. l. 38. § 2. D. h. t. 19, 1; ll. 47—49. D. de c. e. 18, 1. — [6] l. 13. §§ 10. 11. 13. D. h. t. 19, 1; l. 7. pr. D. de p. et c. 18, 6; l. 4. § 1. D. de us. 22, 1; l. 16. C. h. t. 4, 49. — [7] l. 23. D. de r. j. 50, 17; l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 35. § 4. D. de c. e. 18, 1; l. 3. D. de per. 18, 6.

Insbesondere

1) § 288 von der Haftung des Verkäufers für Eviction (Entwehrung).

t. D. XXI, 2: de evictionibus et duplae stipulatione. — t. C. VIII, 45: de evictionibus. — Müller, die Lehre des römischen Rechts von der Eviction (unvollendet). 1851. — Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums. 1874. — Vangerow, § 610.

(Der Klarheit der Darstellung wegen soll im Nachstehenden stets eine körperliche Sache als Kaufgegenstand vorausgesetzt werden).

I. Begriff und Erfordernisse. Der Kauf einer körperlichen Sache ist ein auf Uebertragung und Erwerb des Eigenthums gerichtetes Geschäft. Dies folgt daraus, daß durch die gegen Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises geschehene Tradition der Kaufsache der Käufer das Eigenthum erwirbt, wenn der Verkäufer es hatte[1] (was doch ohne den Willen, Eigenthum zu übertragen und zu erwerben nicht geschehen kann); der Eigenthumserwerb erfolgt sogar dann, wenn der Käufer daran zweifelt[2]. Es folgt ferner daraus, daß die Abrede der Contrahenten, es solle kein Eigenthum übergehen, bewirkt, daß das Geschäft nicht als Kauf angesehen wird[3]. Es folgt endlich daraus, daß nach vorjustinianischem Recht der Käufer einer res mancipi von dem Verkäufer die Vornahme der Mancipation fordern konnte[4] (analog kann heut der Käufer eines Grundstückes von dem Verkäufer die Urkunden verlangen, um sein Eigenthum im Grundbuch verzeichnen zu lassen). Allein die volle Consequenz jener Auffassung des Kaufes ist im Römischen Recht nicht gezogen worden; es darf nämlich der Käufer, wenn er durch die Uebergabe kein Eigenthum erlangt hat, nicht sofort seine Ansprüche an den Verkäufer geltend machen; er muß vielmehr warten, bis ihm der Besitz von dem dritten Berechtigten im Wege des Processes abgestritten, bis ihm die Sache entwehrt, evincirt ist[5]. Daher heißt es wiederholentlich in den Quellen: der Verkäufer ist nicht zur Uebertragung des Eigenthums, sondern des Besitzes (ut emtori rem habere liceat, wobei habere nicht Eigenthum[6] bedeutet) verpflichtet[7]. Der Grund dieser Inconsequenz ist die billige Rücksichtnahme auf den Verkäufer; er wird auf diese Weise möglichen Falles von aller Verbindlichkeit frei, z. B. wenn die Sache vor der Eviction vom Käufer ersessen oder vom Eigenthümer derelinquirt wird oder wenn sie durch Zufall untergeht[8]. Verdient der Verkäufer keine billige Rücksichtnahme (z. B. wenn er wissentlich eine fremde Sache verkauft), so haftet er dem Käufer sofort[9]; tritt das Interesse des Käufers mit der billigen Rücksichtnahme auf den Verkäufer in Collision, so geht jenes vor, und daher kann der Käufer, wenn er hinterher anderweitig das Eigenthum der Sache erwirbt und dadurch die Eviction un-

---

[1] l. 11. § 2. D. de a. e. v. 19, 1. — [2] l. 9. § 4. D. de j. et f. i. 22, 6. — [3] l. 80. § 3. D. de c. e. 18, 1; vgl. l. 16. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 65. D. de c. e. 18, 1. — [4] Gai. 4, 131a. — [5] l. 11. § 2. D. de a. e. v. 19, 1. — [6] l. 38. § 9. D. de v. o. 45, 1; l. 1. § 33. D. de vi 43, 16; l. 2. § 38. D. ne quid in l. p. 43, 8; l. 143. l. 164. § 2. l. 188. D. de v. s. 50, 16; l. 15. D. de r. j. 50, 17. — [7] l. 11. § 2. l. 30. § 1. D. de a. e. v. 19, 1; l. 1. pr. D. de perm. 19, 4; l. 25. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 4. D. de us. 22, 1. — [8] l. 21. pr. § 1. l. 64. § 2. l. 76. D. h. t. 21, 2; l. 26. C. h. t. 8, 45. — [9] l. 30. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.

möglich wird, seine Ansprüche an den Verkäufer sofort geltend machen[10]; er kann ferner, wenn ein Dritter Ansprüche an die Sache erhebt, bevor er den Kaufpreis gezahlt hat, diesen bis zu entschiedenem Processe zurückhalten[11]. — Erfordernisse für die Haftung des Verkäufers in dieser Richtung sind also in der Regel: 1) eine dem Käufer geschehene Eviction, 2) der Sache, 3) auf Grund des dem Verkäufer gänzlich oder theilweis fehlenden Rechtes an der Sache.

1. Keine Eviction ist vorhanden, wenn der Staat auf Grund seines Hoheitsrechtes die Sache dem Käufer expropriirt[12]. Auch dann ist die Sache nicht evincirt, wenn der Käufer die Sache Demjenigen, welcher Ansprüche darauf erhebt, freiwillig herausgibt, sondern erst dann, wenn er in einem Proceß zur Herausgabe an jenen verurtheilt und dem Urtheil nachgekommen ist[13]; die Verurtheilung in einem schiedsgerichtlichen Verfahren genügt nicht[14]. Auf welchem Rechtsgrund der Proceß basirt, ob der Ansprechende das Eigenthum an der Sache oder ein anderes dingliches Recht (Pfandrecht, Nießbrauch)[15] oder einen persönlichen Anspruch (z. B. einen Noxalanspruch[16], einen Anspruch auf Grund der in integrum restitutio)[17] nachweist, — das ist gleichgiltig. Damit der Proceß um so sorgfältiger geführt werde, soll der Käufer davon dem Verkäufer zeitig Anzeige machen (litem denunciare, den Streit verkünden)[18], und dieser, der die rechtliche Lage der Sache wahrscheinlich besser als der Käufer kennt, soll in den Proceß als sog. accessorischer Intervenient eintreten und den Käufer unterstützen; die Litisdenunciation darf nur dann unterbleiben, wenn sie durch besonderen Vertrag dem Käufer erlassen ist, wenn der Verkäufer sich ihr entzieht, wenn der Aufenthalt des Verkäufers unbekannt ist[19]. Gibt der Käufer die Sache dem Ansprechenden ohne Proceß heraus, so haftet ihm der Verkäufer nicht[20], ausgenommen nach richtiger Meinung dann, wenn der Käufer nachweist, daß das in Anspruch genommene Recht dem Ansprechenden wirklich zukommt[21], der Proceß also überflüssig und verwerflich gewesen wäre. Unterläßt der Käufer ohne Grund die Litisdenunciation, so haftet ihm der Verkäufer trotz der Eviction nicht, ausgenommen wenn der Käufer nachweist, daß selbst trotz der Intervention des Verkäufers der Ansprecher gesiegt haben würde[22].

2. Denkbar ist eine Eviction der ganzen Sache oder eines Theils, und letzterenfalls sowohl eines ideellen[23] als eines reellen Theils[24]; nur bei dem Verkauf einer sog. universitas iuris (namentlich einer Erbschaft, § 37 a. E.) steht der Verkäufer nicht für die Eviction einzelner Stücke, welche dazu gehörig schienen, ein[25]. Als Abstreitung eines Theiles gilt

---

[10] l. 13. § 15. D. de a. e. v. 19, 1; l. 9. l. 41. § 1. D. h. t. 21, 2. — [11] l. 18. § 1. D. de per. 18, 6; l. 24. C. h. t. 8, 45. — [12] l. 11. pr. D. h. t. 21, 2. — [13] l. 21. § 1. l. 35. l. 57. pr. D. h. t. 21, 2. — [14] l. 56. § 1. D. h. t. 21, 2. — [15] l. 34. §§ 1. 2. l. 35. l. 63. § 1. D. h. t. 21, 2. — [16] l. 11. § 12. D. de a e. v. 19, 1. — [17] l. 39. pr. l. 66. § 1. D. h. t. 21, 2. — [18] l. 53. § 1. l. 62. § 1. D. h. t. 21, 2; ll. 7—9. l. 17. l. 20. l. 23. l. 29. C. h. t. 8, 45. — [19] l. 55. § 1. l. 56. §§ 5. 6. l. 63. pr. D. h. t. 21, 2; l. 29. C. h. t. 8, 45. — [20] l. 56. § 1. D. h. t. 21, 2; l. 17. C. h. t. 8, 45. — [21] l. 11. § 12. D. de a. e. v. 19, 1. — [22] l. 53. § 1. D. h. t. 21, 2; l. 11. § 12. D. de a. e. v. 19, 1. — [23] l. 1. l. 39. § 2. D. h. t. 21, 2. — [24] l. 1. l. 64. § 3. D. h. t. 21, 2. — [25] l. 5. D. h. t. 21, 2; l. 1. C. h. t. 8, 45.

es, wenn Jemand einen Nießbrauch an der Sache nachweist[26]; dahingegen fällt die Geltendmachung resp. das Fehlen anderer Servituten nur dann unter den Begriff der Eviction[27], wenn der Verkäufer besonders versichert hat, daß die Sache mit Servituten nicht belastet (fundum optimum maximum esse) resp. daß mit ihr gewisse Servitutenrechte verbunden seien; ohne besondere Garantieübernahme haftet er nach richtiger Meinung wegen der Belastung der Sache mit Servituten nur dann, wenn er sie wissentlich verschwiegen hat[28].

3. Der Verkäufer steht nicht für die Eviction ein, wenn das Urtheil materiell ungerecht ist durch Schuld des Richters[29] (aufgehoben durch § 65 der Reichscivilproceßordnung) oder durch Schuld des Käufers[30]; denn nur für die Mangelhaftigkeit seines Rechtes hat der Verkäufer aufzukommen. Aber auch dann gilt das Gleiche, wenn die wirklich vorhandene Mangelhaftigkeit des Rechtes des Verkäufers durch Schuld des Käufers nicht gehoben worden ist, z. B. wenn der Käufer die Sache nicht ersessen hat, trotzdem er sie ersitzen konnte[31].

II. Umfang der Haftung. Der Verkäufer muß dem Käufer das Interesse ersetzen[32]; dasselbe braucht nicht mit dem Kaufpreis zusammenzufallen[33], kann vielmehr (man denke an Erhöhung und Verminderung des Werthes, an Auslagen) größer oder kleiner sein; es darf (nach einer Verordnung Justinians, § 243 Note 10) nie das Doppelte des Kaufpreises übersteigen. Die Höhe des Interesses hat der Käufer zu erweisen; um den Beweis zu ersparen, wurde nach Römischer Sitte bei Verkäufen von werthvollen Sachen sofort bei Eingehung des Vertrages eine stipulatio duplae (sc. pecuniae) abgeschlossen, d. h. der Verkäufer versprach dem Käufer für den Fall der Eviction eine Conventionalstrafe auf Höhe des doppelten Kaufpreises; war die Stipulation aus Versehen einmal versäumt worden, so mußte Verkäufer auf Verlangen des Käufers sie nachleisten; ja, es konnte nach Ansicht der späteren römischen Juristen[34] der Käufer, selbst wenn er dies Verlangen nicht gestellt, dennoch im Fall der Eviction die Zahlung des doppelten Kaufpreises verlangen[35]. Die Sitte und Pflicht der stipul. duplae ist auf unsere Zeit nicht übergegangen; doch ist die Verabredung einer Strafe auch heut denkbar.

III. Ausnahmen. In folgenden Fällen steht der Verkäufer für Eviction nicht ein:

1. Wenn der Käufer dem Verkäufer durch Vertrag (sog. pactum de non praestanda evictione) das Einstehen für Eviction erlassen hat. Dieser Erlaß gilt dann nicht, wenn der Verkäufer den Mangel seines

---

[26] l. 15. § 1. l. 39. § 5. l. 49. D. h. t. 21, 2; l. 66. pr. D. de c. e. 18, 1. — [27] l. 75. D. h. t. 21, 2; l. 59. l. 66. pr. D. de c. e. 18, 1. — [28] l. 69. § 5. D. h. t. 21, 2; l. 1. § 1. D. de a. e. v. 19, 1; die gegnerische Meinung stützt sich namentlich auf l. 15. § 1. D. h. t. 21, 2; l. 61. D. de aed. ed. 21, 1. — [29] l. 5. l. 51. pr. D. h. t. 21, 2; l. 8. i. f. l. 15. C. h. t. 8, 45; l. 1. C. de rer. p. 4, 64. — [30] l. 55. pr. l. 63. §§ 1. 2. l. 66. pr. D. h. t. 21, 2; l. 8. i. f. l. 19. C. h. t. 8, 45. — [31] l. 56. § 3. D. h. t. 21, 2. — [32] l. 8. D. h. t. 21, 2; l. 23. l. 25. l. 29. C. h. t. 8, 45. — [33] l. 60. l. 66. § 3. l. 70. D. h. t. 21, 2; l. 23. C. h. t. 8, 45. [34] Ueber die älteren s. l. 60. D. h. t. 21, 2. — [35] l. 2. l. 37. § 1. D. h. t. 21, 2; l. 11. §§ 8. 9. D. de a. e. v. 19, 1.

Rechtes kannte[36] (er fällt dann unter die pacta de dolo non praestando, § 236 Note 1); gilt er aber wegen Unkenntniß des Verkäufers, und kann also der Käufer nach geschehener Eviction die Leistung des Interesses vom Verkäufer nicht verlangen, so fragt es sich, ob der Verkäufer nicht wenigstens den Kaufpreis an den Käufer herausgeben müsse. Diese Streitfrage wird, wie es auch die Natur der Austauschverträge mit sich bringt, in den Quellen[37] bejaht; nur wenn Jemand als Pfandgläubiger eine Sache verkauft, welche dem Verpfänder nicht gehört, und deshalb dem Käufer evincirt wird, so kann der letztere sich nicht an den Pfandgläubiger halten[38]; er kann jedoch den Verpfänder auf Herausgabe seiner Bereicherung (mit der cond. sine causa) belangen[39]; vgl. § 198 Note 25.

2. Wenn der Käufer, trotzdem er den Mangel des Rechtes des Verkäufers kannte, sich nicht besonders die Haftung dafür ausbedungen hat[40]; alsdann kann er auch den Kaufpreis vom Verkäufer nicht zurückverlangen, außer in zwei singulären von Justinian bestimmten Fällen[41].

3. Wenn ein Spieler eine Sache verkauft, um den Kaufpreis zum Spiel zu verwenden, und dem Käufer dies bekannt ist[42].

IV. Analoge Fälle. Diese sind bereits in § 239 aufgeführt worden; doch tritt hier die Haftung Desjenigen, der seine Sache geleistet hat, vielfach sofort ein, ohne daß eine Eviction Seitens des Berechtigten abgewartet zu werden braucht.

2) § 289. Von der Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel.

t. D. XXI, 1: de aedilicio edicto. — t. C. IV, 58: de aediliciis actionibus. — Neustetel in seinen und Zimmern's römisch-rechtlichen Untersuchungen Nr. 9. 1821. — Vangerow, § 609.

I. Historische Einleitung. Nach dem alten Civilrecht steht der Verkäufer für Fehler und Mängel nur in zwei Fällen ein: 1) wenn er das Einstehen besonders übernommen hat[1]; 2) wenn er die Fehler und Mängel des Kaufgegenstandes wissentlich verschwiegen hat (wegen seines Dolus)[2]. Er muß alsdann dem Käufer, dem zur gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruches die actio emti zusteht, das Interesse ersetzen, auch sich die Aufhebung des Kaufvertrages gefallen lassen, wenn das Interesse des Käufers es verlangt. In Erwägung der Austauschnatur des Kaufvertrages erweiterte das Edict der curulischen Aedilen[3], welche in Handelssachen die Gerichtsbarkeit hatten, die Haftung des Verkäufers über die erwähnten beiden Fälle hinaus. Danach steht der Verkäufer ohne Rücksicht auf besondere Garantie und auf wissentliches Verschweigen in der Regel für alle körperlichen

---

[36] l. 6. § 9. l. 11. §§ 15. 18. D. de a. e. v. 19, 1; l. 69. § 5. D. h. t. 21, 2. — [37] l. 11. § 18. D. de a. e. v. 19, 1, in welcher (was bisher übersehen worden ist) Ulpian dem Julian beitritt in den Worten: „neque enim bonae fidei contractus —retineret“. — [38] l. 68. pr. D. h. t. 21, 2. — [39] l. 12. § 1. D. de distr. p. 20, 5. — [40] l. 18. l. 27. C. h. t. 8, 45; l. 7. C. comm. utr. j. 3, 38. — [41] l. 3. §§ 3. 4. C. comm. de leg. 6, 43; Nov. 7. c. 5. — [42] l. 2. § 1. D. qu. r. a. 44, 5.

[1] l. 6. § 4. l. 13. § 3. D. de a. e. v. 19, 1; Cic. de off. 3, 16. — [2] l. 11. §§ 3. 5. D. de a. e. v. 19, 1; l. 35. § 8. D. de c. e. 18, 1; Cic. de off. 3, 16. — [3] l. 1. § 1. l. 38. pr. § 5. D. h. t. 21, 1.

Fehler und Mängel ein (bei Sklaven auch für einige geistige); er haftet aber alsdann nicht auf das Interesse, sondern es wird nach Wahl des Käufers entweder der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis gemindert, daher die entsprechenden Klagen actio redhibitoria, iudicium redhibitorium (heutzutage Wandlungsklage) und quanti minoris, iudicium aestimatorium (heutzutage Minderungsklage) heißen. — Das soeben angegebene Verhältniß des Civilrechts und des ädilicischen Edicts wird von einigen Juristen verkannt, welche behaupten, daß schon nach Civilrecht der Verkäufer in gewissen Fällen ohne Garantie und Dolus für Fehler und Mängel habe aufkommen müssen; und in der That geben einige Quellenzeugnisse [4] auch in solchen Fällen die actio emti als zulässig an; allein nach richtiger Meinung ist dies daraus zu erklären, daß in späterer Zeit die Haftung des Verkäufers, wie sie durch das ädilicische Edict normirt worden war, nicht bloß mit den Klagen des Edicts, sondern auch mit der Klage des Civilrechts geltend gemacht werden konnte. — Uebrigens bezog sich das Edict selbst bloß auf Sklaven und Vieh; es ward aber durch die Juristen auf alle körperlichen Sachen ausgedehnt [5]; dahingegen wurden die Verkäufe des Fiscus davon ausgenommen [6]. — Als Mangel ward es auch angesehen, wenn Jemand Thiere mit Zierrathen (ornamenta) verkaufte und letztere nicht übergab; es konnte alsdann der Käufer nach dem ädilicischen Edict binnen sechszig Tagen entweder die Zierrathen nachfordern oder auf Auflösung des Vertrages klagen [7]; heut ist nach der Praxis bloß die Nachforderung zulässig.

II. Geltendes Recht. Der Verkäufer steht dem Käufer für alle Fehler und Mängel der Sache ein, welche bereits im Augenblick des Vertragsabschlusses vorhanden sind, mag er ihre Abwesenheit besonders versprechen oder nicht, mag er sie wissentlich verschweigen oder nicht [8]; nur dann steht er nicht dafür ein, wenn er sie dem Käufer anzeigt, ferner nicht, wenn der Käufer sie kennt oder kennen muß, weil sie in die Augen fallend sind [9]; ferner nicht, wenn sie so unbedeutend sind, daß sie den Werth und die Brauchbarkeit der Sache nicht mindern [10]. Ebenso steht der Verkäufer für das Fehlen besonderer Vorzüge der Sache ein, welche er zusagt [11] (wohl zu unterscheiden von allgemeinen Anpreisungen der Sache durch den Verkäufer) [12]. — In den Fällen des besonderen Versprechens und des wissentlichen Verschweigens gelten die Grundsätze des alten Civilrechts, daher dauert die Haftung des Verkäufers dreißig Jahre; auch haftet er auf das Interesse [13] (also z. B. nicht bloß auf den über den Werth gezahlten Preis des kranken Holzes, sondern zugleich auf den Werth des Hauses, welches aus dem kranken Holze errichtet wurde und einstürzte) [14]; falls das Interesse des Käufers es verlangt, muß

---

[4] l. 13. pr. § 1. D. de a. e. v. 19, 1. — [5] l. 1. pr. l. 63. D. h. t. 21, 1. — [6] l. 1. § 3. D. h. t. 21, 1. — [7] l. 38. pr. § 11. D. h. t. 21, 1. — [8] S. die Stellen Note 3 und füge hinzu: l. 17. § 20. l. 38. §§ 5. 10. l. 52. D. h. t. 21, 1. — [9] l. 14. § 10. l. 1. § 6. l. 48. § 4. D. h. t. 21, 1. — [10] l. 1. § 8. l. 10. pr. l. 4. § 6.— l. 15. l. 38. §§ 3. 7—9. D. h. t. 21, 1. — [11] l. 1. § 1. l. 17. § 20. l. 18. l. 19. § 1. l. 38. § 10. D. h. t. 21, 1. — [12] l. 19. § 3. D. h. t. 21, 1; l. 37. D. de dol. 4, 3. — [13] l. 6. § 4. l. 13. pr. §§ 1—3. D. de a. e. v. 19, 1. — [14] l. 13. pr. cit.; vgl. oben § 243.

der Kauf aufgehoben werden. In den übrigen Fällen gelten die Grundsätze des ädilicischen Edicts, daher hat der Käufer keine Forderung aufs Interesse, sondern bloß die Wahl, ob er die Aufhebung des Kaufes oder die Minderung des Kaufpreises verlangen will[15]; die Wahl unterliegt den Grundsätzen der alternativen Klagenconcurrenz[16] (§ 85 unter II. 2).

1. Wählt der Käufer die Aufhebung des Kaufes, so muß er sie mit der act. redhib. binnen sex menses utiles gerichtlich geltend machen[17] und es muß ihm alsdann der Verkäufer den Kaufpreis nebst Zinsen zurückzahlen, resp. wenn er den Preis noch nicht gezahlt hat, ihn von der Schuld befreien[18]; er muß ihm ferner die Verwendungen ersetzen außer denjenigen, welche sich mit dem Gebrauch compensiren[19]. — Der Verkäufer wird von seinen Verpflichtungen nicht dadurch frei, daß der Kaufgegenstand evincirt wird oder ohne Schuld des Käufers untergeht, verändert oder verschlechtert wird[20]. — Der Verkäufer wurde nach Römischem Recht vom Richter vor der Fällung des Urtheils zur freiwilligen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aufgefordert, und falls er dem nicht nachkam, ins Doppelte verurtheilt[21]; die Aufforderung wie die Doppelverurtheilung ist nach der richtigen Meinung heut weggefallen (§§ 81. 84). — Der Käufer muß dagegen dem Verkäufer die Sache mit allem Zubehör und allem Erwerb, den er aus der Sache gemacht hat oder hätte machen können, namentlich mit den Früchten herausgeben (redhibere)[22]; für Verschlechterungen, welche durch seine Schuld eingetreten sind, muß er Ersatz leisten[23]. — Bei Verkäufen über geringfügige Sachen (simplariae venditiones, so genannt, weil bei ihnen die stip. duplae nicht gebräuchlich war, § 288 unter II.) hat der Käufer keine Befugniß, die Auflösung des Vertrages zu verlangen[24], er kann bloß die Minderung des Kaufpreises fordern.

2. Wählt der Käufer die Minderung des Kaufpreises, so muß er sie mit der act. quanti minoris binnen einem annus utilis gerichtlich geltend machen[25] und es muß ihm alsdann der Verkäufer soviel zurückzahlen, als die Sache um des Fehlers willen minder werth ist[26]; kommen verschiedene Fehler hintereinander zum Vorschein, so kann der Käufer wiederholentlich Preisminderung verlangen[27]; doch darf niemals der ganze Kaufpreis erschöpft werden, es muß vielmehr der Richter statt auf Preisminderung erforderlichen Falles auf Auflösung des Kaufes erkennen[28]. Eviction und zufälliger Untergang der Sache heben den Anspruch des Käufers nicht auf[29].

---

[15] l. 18. pr. l. 38. pr. l. 43. § 6. D. h. t. 21, 1. — [16] l. 25. § 1. D. de exc. r. j. 44, 2. — [17] l. 38. pr. l. 19. § 6. l. 48. § 2. l. 55. D. h. t. 21, 1; l. 2. C. h. t. 4, 58; l. 25. § 1. D. de e. r. j. 44, 2. — [18] l. 25. § 10.—l. 27. l. 29. § 2. D. h. t. 21, 1. — [19] l. 27. l. 29. l. 30. D. h. t. 21, 1. — [20] l. 31. §§ 6. 11—15. l. 38. § 3. l. 44. § 2. l. 47. § 1. l. 48. pr. D. h. t. 21, 1. — [21] l. 45. D. h. t. 21, 1. — [22] l. 1. § 1. l. 23. §§ 1. 9. l. 24. l. 31. §§ 2—4. l. 33. § 1. D. h. t. 21, 1. — [23] l. 1. § 1. l. 21. § 1. l. 23. pr. l. 25. pr.—§ 8. l. 31. § 9. l. 43. § 8. D. h. t. 21, 1; l. 4. pr. D. qu. m. p. 20, 6. — [24] l. 48. § 8. D. h. t. — [25] l. 19. § 6. l. 38. pr. l. 48. § 2. D. h. t. 21, 1. — [26] l. 38. pr. § 13. D. h. t. 21, 1; l. 13. pr. § 1. D. de a. e. v. 19, 1. — [27] l. 31. § 16. D. h. t. 21, 1; l. 32. § 1. D. de ev. 21, 2. — [28] l. 43. § 6. D. h. t. 21, 1; l. 25. § 1. D. de e. r. j. 44, 2. — [29] l. 44. § 2. l. 47. § 1. l. 48. pr. D. h. t. 21, 1.

III. Analoge Fälle. Die Haftung wegen Garantieübernahme und wissentlichen Verschweigens findet bei allen Austauschverträgen statt. Die weitergehende, durch das ädilicische Edict eingeführte Haftung wird in den Quellen bei dem Tausch anerkannt, bei der Miethe verworfen[30]; doch ist zu bemerken, daß bei der Miethe, wenn die Mängel den Gebrauch der Sache verhindern oder erheblich kürzen, der Vermiether nach der Natur der Miethe auf das Interesse resp. auf Minderung des Miethzinses haftet[31]; vgl. § 294 Note 6.

C. § 290. Nebenverträge beim Kauf.

Vangerow, § 637.

Die gesetzlichen Verpflichtungen der Parteien können durch Nebenabreden (pacta adiecta) nach allen Seiten hin abgeändert werden, z. B. über Zeit und Ort der Uebergabe des Kaufgegenstandes, sowie der Zahlung des Kaufpreises, über die Tragung der Gefahr u. dgl. Einige dieser Nebenabreden bedürfen einer besonderen Erwähnung:

1. Das sog. pactum reservati dominii, d. h. die Abrede, daß trotz Uebergabe der Sache und Creditirung des Kaufpreises das Eigenthum der Sache auf den Käufer erst mit der Zahlung des Kaufpreises übergehen, oder daß bei Nichtzahlung des Kaufpreises binnen einer bestimmten Frist das Eigenthum der Sache an den Verkäufer zurückfallen solle (§ 131 unter 2).

2. Das sog. pactum hypothecae, d. h. die Abrede, daß der Kaufpreis creditirt, das Eigenthum auf den Käufer übertragen, bis zur Bezahlung des Kaufpreises aber die Sache dem Verkäufer verpfändet sein solle.

3. Das sog. pactum de retroemendo und de retrovendendo; mittels des ersteren verpflichtet sich der Verkäufer, später die Sache vom Käufer zurückzukaufen; mittels des letzteren verpflichtet sich der Käufer, später die Sache dem Verkäufer zurückzuverkaufen[1].

4. Das sog. pactum προτιμήσεως. Dadurch verpflichtet sich der Käufer, später, wenn er verkaufen wolle, dem Verkäufer den Vorzug zu geben, vorausgesetzt, daß dieser die von einem Kauflustigen gebotenen Bedingungen annimmt[2]. — Das Vorkaufsrecht kann übrigens nicht bloß durch Nebenabreden bei Kaufverträgen, sondern auch durch selbständigen Vertrag[3], sowie durch Gesetz[4] (§ 178 unter 4. § 286 Note 46) begründet werden.

Zweiter Titel.

§ 291. Der Tausch.

t. D. XIX, 4: de rerum permutatione. — t. C. IV, 64: de rerum permutatione et praescriptis verbis. — Vangerow, § 638.

Der Tausch unterscheidet sich nach Römischem Recht vom Kauf in doppelter Beziehung: 1) es wird in demselben nicht eine Sache gegen

---

[30] l. 19. § 5. l. 63. D. h. t. 21, 1; l. 2. D. de rer. perm. 19, 4. — [31] l. 15. § 1. l. 19. § 1. l. 25. § 2. D. loc. cond. 19, 2; l. 13. § 6. D. de damn. inf. 39. 2.

[1] l. 12. D. de pr. v. 19, 5; l. 2. C. de pact. i. e. 4, 54. — [2] l. 75. D. de c. e. 18, 1; l. 21. § 5. D. de a. e. v. 19, 1. — [3] l. 122. § 3. D. de v. o. 45, 1. — [4] l. 3. C. de jure emph. 4, 66; l. 16. D. de r. a. j. 42, 5; l. 60. D. de pact. 2. 14.

Geld, sondern eine Sache gegen eine Sache geleistet[1]; 2) die Obligation entsteht erst durch die Leistung von der einen Seite: der Tausch gehört nach Römischem Recht zu den Innominatrealcontracten[2]. Hievon ist der zweite Unterschied heutzutage gefallen (§ 210 unter B. 1), der erste geblieben; im Uebrigen finden die Bestimmungen des Kaufes auf den Tausch Anwendung[3]: jeder Contrahent ist hinsichtlich der von ihm gegebenen Sache gleich dem Verkäufer, hinsichtlich der empfangenen gleich dem Käufer.

Dritter Titel.

Die Miethe.

t. D. XIX, 2: locati conducti. — t. C. IV, 65: de locato et conducto. — t. I. III, 24: de locatione et conductione.

A. § 292. Begriff und Arten.

Vangerow, § 640.

Die Miethe, locatio conductio, ein Consensualcontract, entsteht dadurch, daß der Eine (locator) dem Anderen (conductor) den Gebrauch und die Nutzung einer Sache oder der Arbeitskraft einer Person für eine Geldsumme zu überlassen, der Andere dem Ersteren die verabredete Geldsumme für den Gebrauch und die Nutzung zu zahlen verspricht. Je nachdem das Object der Miethe leidend oder thätig ist, zerfällt die Miethe in zwei Arten: Sachmiethe (loc. cond. rei) und Dienstmiethe (loc. cond. operarum); doch fällt nur die Thätigkeit eines freien Menschen unter die loc. operarum, hingegen die eines Sklaven oder Thieres unter die loc. rei. Eine Unterart der Dienstmiethe ist die Verdingung eines Werkes (als des Resultats einer Arbeit, loc. cond. operis). — Allen Arten gemeinschaftlich ist das Erforderniß des Miethzinses (merces, pretium); haben die Parteien seine Festsetzung unterlassen, so ist das Geschäft ein Innominatcontract und die Gegenleistung ist durch richterliches Ermessen zu bestimmen[1]. Haben die Parteien eine Bestimmung über den Miethzins getroffen, so unterliegt diese im Allgemeinen den Regeln des Kaufpreises[2] (§ 286 unter II): die merces muß also pecunia numerata, certa, vera sein, sie braucht nicht iusta zu sein, doch bleibt das Geschäft Miethe, auch wenn für die Nutzung eines ländlichen Grundstücks Früchte (statt Geld) versprochen worden, sei es ein bestimmtes Quantum, sei es eine Quote des jährlichen Ertrages[3]; im letzteren Falle sprechen die Quellen von einem colonus partiarius, die neueren Juristen von einem contractus socidae (= societatis, weil der Vertrag der Gesellschaft ähnlich ist). — Geschlossen ist

---

[1] l. 1. D. h. t. 19, 4; l. 7. C. h. t. 4, 64; l. 1. § 1. D. de c. e. 18, 1. — [2] l. 3. l. 7. C. h. t. 4, 64. — [3] Vgl. l. 1. l. 2. D. h. t. 19, 4; l. 2. C. h. t. 4, 64; l. 19. § 5. D. de aed. ed. 21, 1; l. 5. § 1. D. de pr. v. 19, 5.

[1] l. 22. D. de pr. v. 19, 5; § 1. I. h. t. 3, 24. — [2] l. 2. pr. l. 20. § 1. l. 25. pr. l. 46. D. h. t. 19, 2; l. 5. § 2. l. 17. § 3. D. de pr. v. 19, 5; § 2. I. h. t. 3, 24. — [3] l. 25. § 6. D. h. t. 19, 2; l. 8. l. 21. C. h. t. 4, 65.

der Miethvertrag, sobald die Parteien über das Miethobject und den Miethzins einig sind[4]; es sind hiebei die Grundsätze des Kaufes analog anzuwenden (§ 286 unter III).

B. Die einzelnen Arten.

1) Sachmiethe (loc. cond. rei).

a. § 293. Das Miethobject.

Vangerow, § 632. II.

Das Miethobject kann mannichfach sein: eine körperliche wie eine unkörperliche Sache, z. B. der Nießbrauch[1], das Recht des Staates auf die öffentlichen Gefälle (dessen zeitweise Uebertragung auf die Publicanen in früherer Zeit als Kauf, in späterer als Miethe galt)[2]. Ferner eine bewegliche wie eine unbewegliche Sache. Ferner die eigene des Vermiethers wie eine fremde[3]; letzteres ist namentlich der Fall, wenn der Miether selbst die Sache einem Dritten vermiethet (Aftermiethe, sublocatio); er braucht hiezu die Erlaubniß des Vermiethers nicht einzuholen[4]. Gehört die Sache dem Miether selbst, so ist der Vertrag nichtig[5], außer wenn ein Anderer den Besitz oder das Nutzungsrecht der Sache hat[6]. Ferner eine fruchttragende Sache wie eine Sache, welche bloß einen Gebrauch gewährt; der Sprachgebrauch unseres Volkes bezeichnet es als Pacht, wenn die Sache Früchte oder ähnliche Einkünfte gewährt (ein Landgut, ein Hotel, eine Eisenbahnrestauration, eine Chaussee wird gepachtet), und beschränkt das Wort Miethe auf die übrigen Sachen; der römische Sprachgebrauch kannte keine solche Unterscheidung, man unterschied bloß den Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks (colonus) von dem Miether eines Hauses (inquilinus); von den heutigen gemeinrechtlichen Juristen wird der Ausdruck „Miethe" auf alle Sachen bezogen.

Die Sachmiethe ist dem Kauf sehr ähnlich; denn die Leistung des Miethers ist der des Käufers durchaus analog. Aber auch das Object der Sachmiethe ist dem Kaufgegenstand sehr verwandt; was nicht verkauft werden kann, kann auch nicht Object der Sachmiethe sein, und umgekehrt kann das, was verkauft werden kann, meistens (wenn auch nicht immer) vermiethet werden; der Unterschied besteht jedoch darin, daß das Kaufobject für immer und in seinem ganzen Sein in das Vermögen des Käufers übertragen wird, (daher die Haftung des Verkäufers: ut emtori rem habere liceat), während der Miether das Object der Sachmiethe gewöhnlich nur auf Zeit und nur von der Seite seiner Gebrauchs- resp. Ertragsfähigkeit erlangt; daher die Haftung des Vermiethers: ut re conductori frui liceat[7]. Aus der Verwandtschaft des Kaufes und der Sachmiethe wird es begreiflich, daß die älteren römischen Juristen darüber stritten,

[4] c. 20. pr. D. h. t. 19, 2.

[1] l. 12. § 2. l. 38. D. de us. 7, 1. — [2] Festus s. v. venditiones. Hyginus p. 116, 12—14; l. 16. D. de v. s. 50, 16. — [3] l. 7. l. 9. pr. § 6. D. h. t. 19, 2. — [4] l. 60. pr. D. h. t. 19, 2; l. 6. C. h. t. 4, 65. — [5] l. 20. l. 23. C. h. t. 4, 65; l. 15. D. dep. 16, 3; l. 45. pr. D. de r. j. 50, 17. — [6] l. 29. pr. D. qu. m. us. 7, 4; l. 35. § 1. l. 37. D. de pign. a. 13, 7; l. 28. l. 37. D. de acq. poss. 41, 2. — [7] l. 9. pr. l. 15. § 1. D. h. t. 19, 2.

ob gewisse Abreden unter den Kauf oder die Miethe zu stellen seien[3]; vgl. § 179 N. 3. § 297 N. 9 und oben N. 2.

b. § 294. Verpflichtungen der Contrahenten.

Vangerow, §§ 641. 642.

Aus dem Miethvertrage entspringen stets Verpflichtungen beider Parteien.

I. Verpflichtung des Vermiethers. Er muß vorleisten (§ 215 Note 1a) und zwar muß er

1. den Gebrauch resp. die Ziehung der Früchte der vermietheten Sache nebst deren Zubehör dem Miether gewähren[1], also eine körperliche Sache dem Miether (behufs Detention) übergeben[2]. Ist die Gewährung durch Zufall unmöglich, so löst sich der Miethvertrag auf: der Vermiether haftet nicht und erwirbt keine Forderung auf den Miethzins (§ 269 Note 8); wird die Nichtgewährung durch einen anderen Umstand veranlaßt (z. B. es hat Jemand eine fremde Sache vermiethet, und der wahre Eigenthümer entzieht sie dem Miether mit der reivindicatio), so haftet der Vermiether auf das Interesse, gleichviel ob er in Schuld ist oder nicht[3].

2. Er muß die Sache in solchem Zustand gewähren, daß der versprochene Gebrauch resp. die Fruchtziehung erfolgen kann[4]. Leidet die Sache an Mängeln, so muß der Vermiether, wenn er sie wissentlich verschwiegen oder ihre Abwesenheit versprochen hat, das Interesse ersetzen[5]; sonst kommt es darauf an, ob die Mängel den Gebrauch der Sache resp. die Fruchtziehung verhindern resp. erheblich kürzen oder nicht, ersterenfalls hat der Vermiether keine Forderung auf den Miethzins resp. nicht auf den ganzen Miethzins[6], letzterenfalls äußert das Vorhandensein der Mängel keinen Einfluß auf die Verpflichtungen der Contrahenten (§ 269 Note 9).

3. Er muß die Detention und Brauchbarkeit der Sache dem Miether während der ganzen Dauer des Vertrages gewähren[7]; er darf deshalb keine den Gebrauch der Sache resp. die Fruchtziehung störenden Veränderungen ohne Grund vornehmen (z. B. Hausreparaturen nur im Nothfall)[8], und er muß die nöthigen Ausbesserungen der Sache besorgen[9].

4. Der Vermiether muß alle Lasten tragen, welche auf der Sache selbst ruhen[10] (die Grundsteuern, nicht die Miethsteuern); er muß dem Miether alle nothwendigen und nützlichen Verwendungen auf die Sache ersetzen[11]; er steht für culpa levis ein[12].

---

[a] Gai. 3, 145. sqq.; pr.—§ 4. I. h. t. 3, 24; l. 2. § 1. D. h. t. 19, 2.

[1] l. 15. pr. § 1. l. 19. § 2. l. 24. § 4. D. h. t. 19, 2. — [2] l. 25. § 1. D. de p. a. 41, 2; l. 6. § 2. D. de prec. 43, 26. — [3] ll. 7.—9. § 1. l. 15. § 8. l. 35. pr. D. h. t. 19, 2. — [4] l. 19. § 1. D. h. t. 19, 2. — [5] l. 19. § 1. D. h. t. 19, 2; l. 6. § 4. D. de a. e. v. 19, 1. — [6] l. 19. § 1. l. 25. § 2. D. h. t. 19, 2. — [7] l. 25. §§ 1. 2. l. 60. pr. D. h. t. 19, 2. — [8] l. 19. § 5. l. 30. pr. l. 35. D. h. t. 19, 2. — [9] l. 15. § 1. l. 25. § 2. D. h. t. 19, 2. — [10] l. un. § 3. D. de via publ. 43, 10; l. 32. § 6. D. de adm. tut. 26, 7; l. 4. l. 20. § 4. C. de agr. 11, 47. — [11] l. 19. § 4. l. 55. § 1. D. h. t. 19, 2. — [12] l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 23. D. de r. j. 50, 17.

Die Klage, welche dem Miether gegen den Vermiether behufs gerichtlicher Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten zusteht, heißt actio conducti.

II. Verpflichtung des Miethers. Dieselbe ist wesentlich eine dreifache:

1. Der Miether muß den Miethzins dem Vermiether postnumerando zahlen[13]; er ist hiezu selbst dann verpflichtet, wenn er in seiner Person irgendwie am Gebrauch der Sache resp. an der Fruchtziehung verhindert ist[14], und wird erst dann davon frei, wenn ihm der Gebrauch nicht gewährt wird: locatoris est periculum. Wird der Gebrauch der Sache resp. die Fruchtziehung durch Zufall zu einem bedeutenden Theil gemindert, so tritt eine verhältnißmäßige Kürzung des Miethzinses ein[15] (vgl. § 269 Note 8. 9). Besondere Grundsätze gelten für den Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks; aus Billigkeitsgründen wird ihm ein Nachlaß am Pachtzins (remissio mercedis)[16] dann gewährt, wenn er durch außerordentliche Unglücksfälle (wie Ueberschwemmung, Hagel, Sonnenbrand, Beschädigung im Kriege)[17] an der Ziehung der Früchte behindert worden ist (nicht also wenn das Unglück die Früchte erst nach der Perception getroffen hat), vorausgesetzt, daß der Schade ein beträchtlicher ist[18]; jedoch muß der Pächter, wenn die Pachtzeit mehrere Fruchtperioden umfaßt, das Mißjahr mit außergewöhnlich reichen Jahren compensiren, nöthigenfalls also das Erlassene nachzahlen[19]. Der colonus partiarius kann keinen Nachlaß verlangen[20].

2. Der Miether steht in der Regel[21] für culpa levis ein[22], und muß demgemäß die Sache vor Schaden behüten[23].

3. Nach Beendigung der Miethzeit muß der Miether die Sache dem Vermiether zurückleisten[24], und zwar unversehrt, sofern nicht Gebrauch und Nutzung ein Anderes mit sich bringen. Wird ihm die Rückgabe überhaupt oder in unversehrtem Zustande durch seine Schuld unmöglich, so haftet er auf das Interesse[25]. Grundlose Verweigerung der Rückgabe bis zum Urtheil zieht nach einer Constitution von Zeno die Verurtheilung des Miethers ins Doppelte nach sich[26]; diese Strafbestimmung ist heut unanwendbar (§ 81).

Die Klage, welche dem Vermiether gegen den Miether zur gerichtlichen Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten zusteht, heißt actio locati.

In den Verbindlichkeiten des Miethers gegen den Vermiether wird dadurch, daß der erstere die Sache weiter vermiethet, nichts geändert. Andererseits wird hiedurch kein Rechtsverhältniß zwischen dem Aftermiether und dem ersten Vermiether hergestellt; der erste Vermiether hat jedoch, wenn das Miethobject in einem Wohnhaus besteht, ein legales

---

[13] l. 24. § 2. D. h. t. 19, 2. — [14] l. 24. § 2. l. 27. § 1. l. 55. § 2. l. 61. § 1. D. h. t. 19, 2. — [15] l. 15. § 1. sq. l. 25. § 2. l. 27. pr. D. h. t. 19, 2. — [16] l. 15. § 7. D. h. t. 19, 2. — [17] l. 15. §§ 2—4. D. h. t. 19, 2. — [18] l. 25. § 6. D. h. t. 19, 2. — [19] l. 15. § 4. D. h. t. 19, 2; l. 8. C. h. t. 4, 65. — [20] l. 25. § 6. D. h. t. 19, 2. — [21] Fälle seiner Haftung für Custodia s. in § 5. I. h. t. 3, 24; oben § 237. — [22] l. 9. pr. l. 11. § 3. l. 13. § 1. D. h. h. t. 19, 2. — [23] l. 11. §§ 1. 2. l. 25. § 3. D. h. t. 19, 2. — [24] l. 25. C. h. t. 4, 65. — [25] l. 9. § 3. l. 11. l. 13. §§ 7. 8. l. 19. § 2. l. 25. § 3. D. h. t. 19, 2; l. 27. §§ 9. 11. D. ad l. Aq. 9, 2. — [26] l. 34. C. h. t. 4, 65.

Afterpfandrecht an den invecta et illata des Aftermiethers[27] und um dieses abzulösen, ist dem Aftermiether die Befugniß eingeräumt, den Zins statt an seinen Vermiether vielmehr an den ersten Vermiether zu zahlen[28] (§ 226 Note 13).

Hat der Miether den Zins bezahlt oder ist die Zahlung durch Säumniß des Vermiethers unterblieben, so muß der Vermiether dem Miether die Wegnahme der eingebrachten Sachen gestatten; es kann jener entweder im Wege des interd. de migrando[29] oder einer extraordinaria cognitio[30] hiezu angehalten werden.

c. § 295. Eigenthümliche Beendigungsgründe.

Röder, Abhandlungen Nr. 1. 1833. — Vangerow, §§ 643. 644.

Es gibt einige der Sachmiethe eigenthümliche Beendigungsgründe:

1. Ablauf der Zeit. Ist die Miethe ohne Beschränkung auf eine gewisse Zeit eingegangen (so zwischen dem Reisenden und dem Gasthofbesitzer), so besteht der Vertrag solange, bis ein Theil zurücktritt (kündigt). Im entgegengesetzten Fall erlangt er mit Ablauf der Zeit sein Ende; er gilt jedoch, weil die Miethe ein Consensualvertrag ist, als stillschweigend verlängert (tacita relocatio), wenn der Miether ohne Widerspruch des Vermiethers Gebrauch und Nutzung fortsetzt[1]. Die Frage, auf wie lange er verlängert sei, ist dahin zu beantworten, daß die Pacht von landwirthschaftlichen Grundstücken nur für das laufende Jahr gilt, weil der Wille der Parteien vermuthlich nur auf diese Zeit gerichtet ist[2]; bei städtischen Grundstücken bestimmen die Quellen[3] „ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur“, was nach der herrschenden Meinung dahin auszulegen ist, daß jede Partei jeden Augenblick vom Vertrage zurücktreten könne, während einige Juristen darin die Anordnung finden, daß die im ursprünglichen Vertrag verabredete Miethzeit auch für den verlängerten Vertrag gelte. Es ist jedoch hievon der Fall ausgenommen, daß „in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est“, was nach der herrschenden Ansicht dahin zu verstehen ist, daß, wenn in dem ursprünglichen Miethvertrage schriftlich eine bestimmte Dauer festgesetzt ist, dieselbe auch für den verlängerten Vertrag gelte; während andere Juristen sehr verschiedene Erklärungen aufgestellt haben. Die Streitfrage ist heut unerheblich, weil überall in Deutschland durch locale Gewohnheitsrechte oder im Vertrage selbst die Dauer des stillschweigend verlängerten Vertrages bestimmt wird.

2. Der Rücktritt des Miethers vom Vertrage ist in folgenden Fällen zulässig: a) wenn der Vermiether die Sache nicht zur verabredeten Zeit oder nicht in hinlänglich brauchbarem Zustand gewährt[4]; b) wenn mit dem Gebrauch der Sache eine Gefahr für den Miether verbunden ist (z. B. ein feindliches Heer ist im Anzuge, ein benachbartes Haus droht einzustürzen)[5].

---

[27] l. 5. pr. D. in qu. c. 20, 2; l. 11. § 5. D. de p. a. 13, 7. — [28] l. 11. § 5. D. de pign. a. 13, 7. — [29] t. D. 43, 32: de migrando. — [30] l. 1. § 2. D. de migr. 43, 32.

[1] l. 13. § 11. l. 14. D. h. t. 19, 2. — [2] l. 13. § 11. cit.; l. 6. C. h. t. 4, 65. — [3] l. 13. § 11. cit. — [4] l. 24. § 4. l. 25. § 2. l. 60. pr. D. h. t. 19, 2. — [5] l. 27. § 1. l. 13. § 7. D. h. t. 19, 2; l. 28. D. de damn. inf. 39, 2.

3. Der Rücktritt des Vermiethers vom Vertrage ist in folgenden Fällen zulässig: a) wenn der Miether zwei Jahr lang den Zins nicht zahlt[6]; b) wenn der Miether die Sache mißbraucht[7]; c) wenn eine den Gebrauch der Sache hindernde Reparatur nothwendig wird[8]; d) wenn der Vermiether eines Gebäudes desselben aus unvorhergesehenen Gründen selbst bedarf[9].

4. Nach der Reichsconcursordnung §§ 17. 18 gibt die Concurseröffnung über das Vermögen des Miethers resp. Vermiethers bald dem Concursverwalter bald dem anderen Contrahenten bald beiden ein Kündigungsrecht.

Der Tod der Parteien hat auf die Dauer der Miethe keinen Einfluß[10]. Ebensowenig die Veräußerung der Sache durch den Vermiether; zwar scheint das Gegentheil in dem Rechtssprichwort „Kauf bricht Miethe" ausgedrückt; allein die wahre Bedeutung desselben ist nur die, daß der Käufer, wenn er an der Sache durch Uebergabe das Eigenthum erlangt hat, dem Miether Gebrauch und Nutzung der Sache entziehen kann[11], da er an den Miethvertrag nicht gebunden ist[12]; es kann aber, wenn dies geschehen ist, der Miether von dem Vermiether den Ersatz des Interesses verlangen[13]; geschieht es hingegen nicht (z. B. weil der Käufer sich dem Vermiether zur Erfüllung des Miethvertrages verpflichtet hat), so muß der Miether seinen Verbindlichkeiten nachkommen[14]. — In vielen Particularrechten gilt übrigens die Regel „Heuer geht vor Kauf", d. h. der Käufer ist an den Miethvertrag gebunden und kann dem Miether den Gebrauch und die Nutzung der Sache nicht entziehen.

2) § 296. Die Dienstmiethe (loc. cond. operarum).

Vangerow, §§ 645. 650.

I. Miethobject. Dasselbe besteht in derjenigen Arbeitskraft einer Person, welche sich nicht in freier geistiger Thätigkeit äußert; es gehören also hieher die Arbeiten der Tagelöhner und Handwerker (sog. operae locari solitae, illiberales). Die Person ist gewöhnlich die eigene des Arbeiters (locator operarum), es kann aber auch eine fremde sein, z. B. der Vater vermiethet die Arbeitskraft seines Kindes, der Patron die des Freigelassenen (was zuweilen zulässig war)[1]. Uebrigens war die Dienstmiethe in Folge der eigenen und gemietheten Sklaven bei den Römern selten, und daher ist sie auch in den Quellen wenig behandelt[2].

II. Verpflichtungen.

1. Verpflichtung des Arbeiters (locator operarum). Er

[6] l. 54. § 1. l. 56. D. h. t. 19, 2; Nov. 120. c. 8. — [7] l. 3. C. h. t. 4, 65; Nov. 120. c. 8; c. 3. X. loc. 3, 18. — [8] l. 3. C. h. t. 4, 65. — [9] l. 3. C. h. t. 4, 65. — [10] l. 10. C. h. t. 4, 65; § 6. I. h. t. 3, 24. — [11] l. 25. § 1. l. 32. D. h. t. 19, 2; l. 120. § 2. D. de leg. 1. (30). — [12] l. 9. C. h. t. 4, 65; l. 59. § 1. D. de usufr. 7, 1. — [13] S. die Stellen Note 11. — [14] l. 25. § 1. l. 58. pr. D. h. t. 19, 2; l. 9. C. h. t. 4, 65.

[1] l. 25. § 1. D. de op. lib. 38, 1. — [2] In folgenden Stellen: l. 19. §§ 9. 10. l. 26. l. 38. l. 13. pr. D. h. t. 19, 2; l. 22. C. h. t. 4, 65.

muß die von ihm versprochene Arbeitskraft während der festgesetzten Zeit gewähren [3], außer wenn er durch Zufall daran verhindert ist (§ 269 Note 11); er steht für Custodia i. e. S. ein [4] (nicht bloß, wie die gemeine Meinung annimmt, für culpa levis, § 237).

2. Verpflichtung des Dienstherrn (conductor operarum). Er muß den Lohn zahlen, und dies auch dann, wenn er von der Arbeitskraft keinen Gebrauch gemacht hat, es sei denn, daß der Arbeiter durch anderweite Vermiethung eine gleich große Summe erworben hat; keinen Lohn schuldet der Dienstherr, wenn der Arbeiter nicht leistet, sei es auch, daß der letztere durch Zufall daran verhindert war (§ 269 Note 11). Er muß dem Arbeiter alle gerechtfertigten Auslagen ersetzen. Er steht für culpa levis ein.

Die Klagen zur gerichtlichen Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten sind die act. locati und die act. conducti.

III. Die als Gewerbe betriebene freie geistige Arbeit [5] (sog. operae locari non solitae, operae liberales) begriff bei den Römern verschiedene Thätigkeiten [6]: den Unterricht der Professoren in den Wissenschaften und der Elementarlehrer in den ersten Anfängen, die Dienstleistungen der Anwälte (advocati), die Thätigkeit der Assessoren und Hilfsarbeiter, die in vielen Staatsbehörden fungirten (iuris studiosi) [7], ferner den Beistand der Aerzte, Chirurgen, Hebeammen (nicht aber Derjenigen, die eine Krankheit besprechen), die Arbeiten der Feldmesser [8], Calculatoren, Buchhalter (librarii), Stenographen (notarii), das Gewerbe der Makler (proxenetae) [9], welche bei den Römern Handelsgeschäfte aller Art (Heirathen, Anstellungen und dgl.) vermittelten [10]. — All diese Thätigkeit konnte in älterer Zeit nicht Gegenstand eines juristisch verpflichtenden Vertrages sein [11], offenbar weil man die Anwendung eines Zwanges für unziemlich und unpraktisch hielt. In späterer Zeit wurde zwar der Begriff eines verpflichtenden Vertrages noch immer fern gehalten, allein wenn die Thätigkeit gutwillig geleistet worden war, so sprachen die Magistrate in einer cognitio extraordinaria Recht: sowohl was die Honorarforderungen (honorarium [12], salarium [13], merces [14], beim Makler proxeneticum, philantropium) [15] als was etwaige Gegenforderungen [16] betrifft [17]; bloß die Professoren der Philosophie und der Jurisprudenz konnten kein Honorar einklagen [18]. Der Betrag des Honorars ward durch das Ermessen des Magistrats bestimmt; bei Advocaten gab es ein gesetzliches Maximum [19].

[3] l. 22. C. h. t. 4, 65. — [4] l. 14. § 17. D. de furt. 47, 2. — [5] t. D. 50, 13: de extraordinariis cognitionibus et si judex litem suam fecisse dicetur. — [6] l. 1. pr. § 6. D. h. t. 50, 13. — [7] l. 4. D. h. t. 50, 13. — [8] t. D. 11, 6: si mensor falsum modum dixerit. — [9] t. D. 50, 14: de proxeneticis. — [10] l. 3. D. h. t. 50, 14. — [11] l. 1. pr. D. si mensor 11, 6. — [12] l. 1. § 10. D. de extr. cogn. 50, 13; l. 1. pr. D. si mensor 11, 6. — [13] l. 1. § 8. l. 4. D. de extr. cogn. 50, 13. — [14] l. 1. pr. D. de extr. cogn. 50, 13; l. 1. § 1. D. si mensor 11, 6. — [15] l. 1. l. 3. D. de prox. 50, 14. — [16] l. 1. §§ 9. 15. l. 3. D. h. t. 50, 13. — [17] Bei den Gegenforderungen gegen die Feldmesser war die Klage eine act. in factum: l. 1. l. 5. § 2.—l. 7. D. si mensor 11, 6. — [18] l. 1. §§ 4. 5. D. de extr. cogn. 50, 13. — [19] l. 1. §§ 10. 12. D. de extr. cogn. 50, 13; l. 3. D. de prox. 50, 14.

3) § 297. Verdingung eines Werkes (loc. cond. operis).

Burchardi, über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen. 1861. — Wyß, Haftung für fremde Culpa. 1867. — Vangerow, § 645.

I. Begriff und nähere Erklärung. Die Verdingung eines Werkes entsteht dadurch, daß Jemand (locator operis) mit einem Anderen (conductor operis, redemtor operis) dahin übereinkommt, daß dieser ein bestimmtes Werk für eine bestimmte Geldsumme anfertigen solle. — Das Werk kann mannichfach sein; ein Bau[1], der Transport von Personen oder Waaren über Land oder Meer[2], der Unterricht in einem Handwerke[3], die Fassung und Gravirung eines Edelsteins[4], die Reinigung und Ausbesserung von Kleidern[5], die Bereitung eines Bades[6]; auch ein künstlerisches Werk z. B. ein Gemälde[7], eine Statue[8]. Vorausgesetzt wird, daß der Werkmeister nicht den ganzen Stoff zum Werke hergibt; geschieht dies, so ist das Geschäft ein Kauf[9], es bleibt aber Miethe, wenn er den Stoff nur theilweis liefert (z. B. der Baumeister die Baumaterialien[10], der Handwerker die Zuthaten). — Die Geldsumme kann in einer Summe für das Ganze (per aversionem) oder nach Stücken, Maßen, Tagwerken bestimmt sein[11].

II. Verpflichtungen.

1. Verpflichtung des Werkmeisters (conductor, redemtor operis). Er muß das übernommene Werk der Bestellung gemäß[12] anfertigen und abliefern. Für Fehler des Werkes haftet er, und zwar nach richtiger Meinung gleichviel, ob sie durch sein eigenes Versehen oder durch das seiner Leute verschuldet sind[13]; denn er haftet für Custodia i. e. S.[14] nicht bloß, wie die gemeine Meinung behauptet, für culpa levis (§ 237); hat aber der Besteller das Werk ohne Rüge abgenommen (approbirt), so haftet der Werkmeister nur dann, wenn er den Besteller doloser Weise zur Approbation bewogen hat d. h. wenn er die Fehler des Werks doloser Weise verschwiegen hat[15]. Für Zufall steht er nicht ein, er kann in diesem Falle nach richtiger Meinung einen seiner Arbeit entsprechenden Theil des Lohnes fordern (§ 269 Note 13).

2. Verpflichtung des Bestellers (locator operis). Er muß nach Ablieferung des Werkes den Preis zahlen; ebenso wenn das Werk durch Zufall untergegangen ist (§ 269 Note 13). Er steht für culpa levis ein. Hat der Werkmeister die Kosten des Werkes zu gering angeschlagen, so kann der Besteller, wenn sich dies später ergibt, vom Vertrag zurücktreten[16].

---

[1] l. 22. § 2. l. 30. § 3. l. 59. l. 60. §§ 3. 4. l. 62. D. h. t. 19, 2. — [2] l. 11. § 3. l. 13. §§ 1. 2. l. 19. § 7. l. 25. § 7. D. h. t. 19, 2. — [3] l. 13. §§ 3. 4. D. h. t. 19, 2. — [4] l. 13. § 5. D. h. t. 19, 2. — [5] l. 13. § 6. l. 25. § 8. l. 60. § 2. D. h. t. 19, 2. — [6] l. 58. § 2. D. h. t. 19, 2. — [7] l. 5. § 2. D. de pr. v. 19, 5. — [8] l. 20. D. de c. e. 18, 1. — [9] l. 2. § 1. D. h. t. 19, 2; l. 65. D. de c. e. 18, 1; § 4. I. h. t. 3, 24; Cassius war anderer Meinung Gai. 3, 147. — [10] l. 22. § 2. l. 30. § 3. D. h. t. 19, 2; l. 20. D. de c. e. 18, 1. — [11] l. 30. § 3. l. 36. l. 51. § 1. D. h. t. 19, 2. — [12] l. 51. § 1. i. f. D. h. t. 19, 2. — [13] l. 25. § 7. l. 13. § 5. l. 62. D. h. t. 19, 2. — [14] l. 5. pr. D. naut. caup. 4, 9; l. 12. pr. l. 48. D. de furt. 47, 2; §§ 15. 16. I. de obl. quae ex del. 4, 1. — [15] l. 24. D. h. t. 19, 2. — [16] l. 60. § 4. D. h. t. 19, 2.

Die Klagen zur gerichtlichen Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten sind die act. locati und conducti.

4) § 298. Besondere Fälle.

Müller, über die de recepto actio und deren Ausdehnung auf die Postanstalten. 2. Aufl. 1857. — Wyß, Haftung für fremde Culpa. 1867. — Vangerow, §§ 646. 648.

I. Die sog. locatio conductio irregularis. Dieselbe kommt sowohl bei der Sachmiethe als bei der Verdingung eines Werkes vor.

1. Bei der Sachmiethe. Nach der Darstellung des § 294 wird der Miether Inhaber der vermietheten Sache, er muß sie selbst zurückgeben und steht nicht für den Zufall ein. Es können aber die Parteien verabreden, daß der Miether das Eigenthum der vermietheten Sache erwerben solle (so daß er nach Willkür darüber verfügen kann), daß er für den Zufall einstehen und daß er endlich entweder dieselbe Sache oder ihren Werth zurückzugeben befugt sein solle. Gebräuchlich ist diese Abrede bezüglich des Wirthschaftsinventars (instrumentum fundi), welches der Pächter eines Landgutes vom Verpächter übernimmt [1]; dieser Fall heißt in den Quellen instrumentum aestimatum, neuere Juristen nennen ihn contractus socidae, beim lebenden Inventar Eisernviehvertrag.

2, Bei der Verdingung eines Werkes. Nach der Darstellung des § 297 hat der Werkmeister das bestellte Werk aus dem übergebenen Stoffe anzufertigen, er wird bloßer Inhaber des Stoffes und steht nicht für den Zufall ein. Es können aber die Parteien verabreden, daß der Werkmeister das Werk aus dem übergebenen oder aus einem gleichartigen Stoff anfertigen dürfe: dann wird er Eigenthümer des übergebenen Stoffes und trägt den Zufall [2]. — Die gemeine Meinung nimmt noch einen anderen Fall der loc. cond. irregularis an; er soll (angeblich) dann stattfinden, wenn Jemand Getreide einem Schiffer zum Transport übergibt und ihm die Rückgabe in gleichartigem Getreide gestattet. Ist nun auch dieser Fall denkbar, so ist er doch den Lebensverhältnissen durchaus nicht entsprechend; auch behandelt das Quellenzeugniß [3], auf welches die gemeine Meinung sich stützt, einen anderen Fall: mehrere Eigenthümer von Getreide haben ein Schiff zusammen befrachtet (confuderant); dadurch sind sie Miteigenthümer der gesammten Getreidemasse geworden (§ 139 N. 1) und ein Jeder von ihnen hat vom Schiffer einen verhältnißmäßigen Theil der Masse zu fordern; den Zufall endlich tragen die Befrachter, nicht der Schiffer.

II. Der Vertrag des Reisenden und Befrachters mit dem Schiffer, Gast- und Stallwirth [4]. Nach dem prätorischen Edict stehen Schiffer, Gast- und Stallwirthe bezüglich der Sachen des Reisenden resp. bezüglich der zu transportirenden Waaren für Custodia im engeren Sinn ein (§ 237) [5]; sie stehen selbst dann dafür ein, wenn das Zimmer oder der Stall unentgeltlich gewährt, der Transport unentgeltlich

---

[1] l. 3. l. 54. § 2. D. h. t. 19, 2. — [2] l. 31. D. h. t. 19, 2; l. 34. pr, D. de auro 34, 2. — [3] l. 31. D. h. t. 19, 2. — [4] t. D. 4, 9: nautae caupones stabularii ut recepta restituant. — [5] l. 3. § 1. l. 4. pr. l. 5. D. h. t. 4, 9.

ausgeführt wird [6]; es wird nicht vorausgesetzt, daß der Reisende die Sachen dem Wirth oder Schiffer übergebe, die bloße Einbringung genügt [7]. Es ist streitig, ob die Bestimmungen des prätorischen Edicts auf den Transport von Waaren zu Lande auszudehnen sind; die Frage ist schief gefaßt, denn nicht um eine Ausdehnung handelt es sich, vielmehr versteht sich die Anwendung der prätorischen Vorschriften von selbst, da nach den allgemeinen Grundsätzen über Werkverdingung (§ 297 Note 14) der Transporteur zu Lande für Custodia i. e. S. einsteht; auch sind dieselben in das Reichspostgesetz vom 28. October 1871 § 6 übergegangen. Die Klage, welche dem Reisenden und Befrachter gegen den Schiffer und Wirth zur gerichtlichen Geltendmachung der obigen Verbindlichkeiten zusteht, wird in den Quellen bald in factum actio, bald actio de recepto benannt [8].

III. Unglück bei dem Wassertransport [9]. In das Römische Recht ist eine Bestimmung des Rhodischen Seerechts übergegangen: die lex Rhodia de iactu. Danach soll, wenn bei einer Seegefahr zur Erleichterung des Schiffes Güter über Bord geworfen werden (der moderne Kunstausdruck hiefür ist die große Haverei), der Schaden von Allen, denen die Auswerfung zu Gute gekommen ist, mit getragen werden [10]. Die Bestimmung ward vielfach ausgedehnt; als Seegefahr galten nicht bloß Naturereignisse, sondern z. B. auch Piratenangriff [11]; dem Auswerfen ward z. B. die Beschädigung des Schiffes selbst (Kappen der Masten u. dgl.), Loskauf von Seeräubern gleichgestellt [12]. Beitragspflichtig sind die Eigenthümer des Schiffes wie der Ladung mit Ausnahme des Reiseproviants [13], vorausgesetzt, daß nicht Schiff oder Ladung hinterher vor Beendigung der Reise verloren gehen [14]. Bei der Vertheilung des Schadens werden die geretteten Sachen mit ihrem jetzigen Werth, die geworfenen mit ihrem Einkaufspreis angesetzt [15]. Die Beiträge der Einzelnen hat der Schiffer (mit der act. conducti) einzuziehen; auch steht ihm bis zu ihrer Entrichtung ein Retentionsrecht an den geretteten Sachen zu; an ihn (nicht aber an die Eigenthümer der geretteten Sachen, wie einige Juristen früher behaupteten, indem sie eine condictio ex l. Rhodia gewähren wollten) haben sich die Eigenthümer der geworfenen Sachen zu halten [16]. — Ueber die große Haverei bei Seeschiffen trifft das Deutsche Handelsgesetzbuch Art. 702 ff. genaue Bestimmungen.

Anhang.

§ 299. Vergleichung der Miethe mit dem Depositum und dem Mandat.

I. Vergleichung der Sachmiethe mit dem Depositum. Mit dem Depositum kann die Miethe eines Immobile verglichen werden: beide enthalten eine Benutzung fremden Raumes: der Deponent benutzt den Raum des Depositars, der Miether den des Vermiethers. Den

---

[6] l. 6. pr. D. h. t. 4, 9. — [7] l. 1. § 8. D. h. t. 4, 9. — [8] l. 3. §§ 1. 5. D. h. t. 4, 9. — [9] tit. D. 14, 2: de lege Rhodia de jactu. — [10] l. 1. D. h. t. 14, 2. — [11] l. 2. § 3. D. h. t. 14, 2. — [12] l. 2. §§ 1. 3. l. 3. l. 5. § 1. D. h. t. 14, 2. — [13] l. 2. § 2. D. h. t. 14, 2. — [14] l. 4. § 1. D. h. t. 14, 2. — [15] l. 2. § 4. l. 4. § 2. D. h. t. 14, 2. — [16] l. 2. pr. D. h. t. 14, 2.

wesentlichen Unterschied zwischen beiden Verträgen setzt die gemeine Meinung darein, daß der Depositar den Raum unentgeltlich gewährt, der Vermiether entgeltlich. In der That ist dies in einem Quellenzeugniß ausgesprochen [1]; in anderen aber wird trotz einer Lohnabrede das Geschäft als Depositum bezeichnet, dem Depositar das Einstehen für Culpa auferlegt und die act. furti zugesprochen [2]. Dieser anscheinende Widerspruch hebt sich auf folgende Weise. Die Raumbenutzung kann in doppelter Weise gestattet werden, entweder so daß der Benutzende zugleich die Verfügung über den Raum erhält, oder so daß die Verfügung über den Raum Demjenigen verbleibt, bei welchem sie bisher war; ersteres findet bei der Miethe statt, letzteres bei dem Depositum; ersteres ist eine bedeutende Leistung und sie pflegt nicht ohne entsprechende Gegenleistung in Geld gewährt zu werden, letzteres ist gewöhnlich eine geringfügige Leistung und sie wird in der Regel unentgeltlich gewährt; die Vermuthung spricht demnach, wenn eine Gegenleistung in Geld zugesichert ist, für Miethe, wenn diese fehlt, für Depositum (bloß dies ist der Inhalt der oben Note 1 citirten Stelle).

II. Vergleichung der Dienstmiethe mit dem Mandat. Mit dem Mandat kann die Dienstmiethe verglichen werden; beide verpflichten Jemanden (den Arbeiter resp. Mandatar) im Interesse eines Anderen thätig zu sein. Den wesentlichen Unterschied zwischen beiden Verträgen setzt die gemeine Meinung darein, daß der Mandatar ohne Lohn thätig ist, der Arbeiter für einen solchen. In der That sprechen dies mehrere Quellenzeugnisse aus [3]; in anderen aber wird trotz einer Lohnabrede das Geschäft als Mandat aufgefaßt, die Klage aber, mit welcher der Lohn gerichtlich geltend gemacht wird, bald als cognitio extraordinaria bald als act. mandati bezeichnet [4]. Dieser anscheinende Widerspruch hebt sich auf folgende Weise. Die Thätigkeit im Interesse eines Anderen kann in doppelter Weise geschehen: entweder unentgeltlich oder für einen Lohn; ersterenfalls entsteht ein einseitiger Vertrag, letzterenfalls ein gegenseitiger (ein Austauschvertrag). Man erwartet nun, daß dieser Gegensatz sich in dem Mandat und in der Dienstmiethe wiederspiegelt (so die gemeine Meinung), allein mit Unrecht; denn die Dienstmiethe bezieht sich nur auf Tagelöhner- und Handwerkerdienste, für welche ein Lohn versprochen wird. Hingegen andere Verrichtungen, für welche ein Entgelt versprochen wird, stellte man (abgesehen von den Fällen des § 296. III) unter das Mandat, und sonach umfaßt das Mandat zwei verschiedene Verträge: 1) über die unentgeltliche Leistung von Verrichtungen irgend welcher Art für einen Anderen (selbst von Tage-

---

[1] l. 3. § 1. D. nautae 4, 9; hingegen in l. 1. §§ 8. 9. D. dep. 16, 3 wird nicht die rei loc., sondern die operarum locatio mit Depositum verglichen. — [2] l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 2. §§ 23. 24. D. vi bon. rapt. 47, 8; letztere ist freilich corrumpirt; es muß folgendermaßen gelesen werden: . . . nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis quasi mercedem accepi. § 24. Sed etsi culpam non repromisi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi . . . . — [3] l. 1. § 4. D. mand. 17, 1; l. 22. D. pr. v. 19, 5; § 13. I. mand. 3, 26. — [4] l. 6. pr. l. 7. l. 26. § 8. l. 56. § 3. D. mand. 17, 1; l. 1. l. 17. C. eod. 4, 35.

löhner- und Handwerkerdiensten)[5]; 2) über die entgeltliche Leistung von solchen Verrichtungen, welche weder zu den Tagelöhner- und Handwerkerdiensten noch zu der freien geistigen Arbeit (§ 296. III) gehören z. B. der Abschluß eines Vertrages für einen Anderen, die Verwaltung des Vermögens eines Anderen gegen eine Bezahlung[6], das heutige kaufmännische Commissionsgeschäft. Hiernach darf man den Gegensatz des Mandats und der Dienstmiethe nicht in die Unentgeltlichkeit resp. Entgeltlichkeit setzen.

Drittes Capitel.

Obligationen aus einer Gemeinschaft.

Erster Titel.

Gesellschaftsvertrag.

t. D. XVII, 2; t. C. IV, 37: pro socio. — t. I. III, 25: de societate.

A. § 300. Begriff und Erfordernisse.

Gesterding, Irrthümer. Abh. 9. Nr. 1. 1818. — Vangerow, §§ 651. 655.

Der Gesellschaftsvertrag (societas), ein Consensualcontract, entsteht dadurch, daß zwei oder mehrere Personen sich verabreden, ein gemeinsames erlaubtes Ziel mit gemeinsamen Mitteln anzustreben.

1. Das Ziel darf kein unerlaubtes sein[1]. Es kann seiner Art nach mannichfach sein; es kann außerhalb aller Beziehung zum Vermögen stehen (Belehrung oder Vergnügen) oder ein Vermögenszweck sein; seinem Umfang nach unterscheidet man

a. societas omnium bonorum (sog. societ. universalis, allgemeine Gütergemeinschaft), deren Object das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Gesellschafter ist[2];

b. societas lucri, quaestus, compendii (sog. societ. quaestuaria, Erwerbsgesellschaft); sie hat zum Object den gesammten durch die Thätigkeit der Gesellschafter herbeizuführenden Erwerb, nicht also den Erwerb durch Erbschaften, Vermächtnisse, Schenkungen[3];

c. societas negotiationis, deren Object der Erwerb aus einem gewissen Geschäftszweige (z. B. aus dem Betriebe eines Handelsgeschäfts) ist[4];

d. societas unius rei, deren Object ein einzelnes Geschäft ist, z. B. der gemeinsame Ankauf einer Sache[5].

2. Die Mittel können ihrer Art nach mannichfach sein:

---

[5] l. 22. in initio D. pr. v. 19, 5; § 13. i. f. I. mand. 3, 26. — [6] l. 1. C. mand. 4, 35.

[1] l. 57. D. h. t. 17, 2. — [2] l. 1. § 1. l. 3. § 1. l. 5. pr. l. 65. pr. § 3. l. 73. D. h. t. 17, 2. — [3] ll. 7—13. l. 71. § 1. D. h. t. 17, 2. — [4] l. 5. pr. l. 52. §§ 4. 5. l. 71. pr. D. h. t. 17, 2. — [5] l. 5. pr. l. 58. pr. D. h. t. 17, 2.

körperliche wie unkörperliche Sachen, körperliche wie geistige Arbeiten [6]; immer müssen sie einen Vermögenswerth haben. Die Contrahenten können selbst bestimmen, welcher Art die von den Einzelnen beizutragenden Mittel sein, sowie in welchem Umfang die Einzelnen dazu beitragen sollen; sie können die Bestimmung hierüber einem unter ihnen oder einem bestimmten Dritten überlassen [6a]; ist keines von beiden geschehen, so haben die Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten, und zwar soviel, als der Zweck der Societät verlangt.

3. Das Ziel muß ein gemeinsames sein, daher ist die Abrede, daß der eine Contrahent allen Gewinn haben, der Andere allen Schaden tragen solle (societas leonina), keine Societät, sondern eine unter dem Namen der Societät versteckte Schenkung [7]. Wohl aber kann von den Contrahenten bestimmt werden, daß die Antheile der Einzelnen am Gewinne und Verlust ihren Beiträgen nicht entsprechen sollen [8], sowie daß der Antheil am Gewinn ein anderer als der am Verlust sein solle, ja selbst die völlige Freiheit vom Verlust kann einem Gesellschafter zugesichert werden, vorausgesetzt, daß seine Beiträge größer als die der anderen sind [10]; haben die Contrahenten über die Antheile am Gewinn und Verlust nichts festgesetzt, so ist nach der herrschenden Meinung Gewinn und Verlust unter die Gesellschafter ohne Rücksicht auf Art und Umfang ihrer Beiträge nach absolut gleichen Theilen zu repartiren, während einige Juristen eine Theilung nach Verhältniß der Beiträge eintreten lassen wollen; die herrschende Meinung ist durch ausdrückliche Quellenzeugnisse bestätigt [11].

Der Vertrag ist perfect, sobald die Parteien über Ziel und Mittel einig sind; die Perfection wird durch hinzugefügte Suspensivbedingungen aufgeschoben [12].

B. § 301. Verhältniß der Gesellschafter unter sich und zu dritten Personen.

Vangerow, §§ 652. 653.

I. Unter sich sind die Gesellschafter gleichartig verpflichtet und berechtigt; die Verpflichtungen des einen sind die Rechte des anderen. Es muß ein jeder Gesellschafter Beiträge leisten; die Geschäfte der Societät führen, sofern ihm dies nicht erlassen ist; über die geführten Geschäfte Rechnung legen; alle Erwerbungen, welche er durch die Ausführung der Societätsgeschäfte macht, mit den anderen theilen [1]; die Verluste der Gesellschaft zu seinem Theil tragen. Er steht in der Regel für sog. culpa in concreto ein [2]; sind ihm Sachen der Gesellschaft mit einer Schätzung

[6] l. 52. §§ 2. 7. l. 80. D. h. t. 17, 2; l. 1. C. h. t. 4, 37; § 2. I. h. t. 3, 25. [6a] l. 6. l. 76—l. 80. D. h. t. 17, 2. — [7] l. 29. § 2. l. 5. § 2. D. h. t. 17, 2; l. 16. § 1. D. de min. 4, 4; l. 32. § 24. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — [8] l. 29. pr. D. h. t. 17, 2; § 1. I. h. t. 3, 25. — [9] l. 30. D. h. t. 17, 2; § 2. I. h. t. 3, 25. — [10] l. 29. § 1. D. h. t. 17, 2; § 2. I. h. t. 3, 25. — [11] l. 29. pr. D. h. t. 17, 2; § 1. I. h. t. 3, 25; Gai. comm. 3, 150; die Zeugnisse, auf welche sich die entgegenstehende Meinung stützt (l. 6. l. 80. D. h. t. 17, 2) sind nicht beweisend. — [12] l. 6. ll. 75—80. D. h. t. 17, 2; l. 6. C. h. t. 4, 37.

[1] l. 52. pr. §§ 5. 6. l. 60. pr. l. 67. pr. l. 74. D. h. t. 17, 2; l. 38. § 1. eod. — [2] l. 52. §§ 2. 3. 11. l. 72. D. h. t. 17, 2; § 9. I. h. t. 3, 25.

übergeben worden, so haftet er für Custodia im engeren Sinn[3]. Andererseits kann jeder Gesellschafter verlangen, daß ihm nothwendige und nützliche Auslagen nebst Zinsen theilweis zurückerstattet[4], ferner daß ihm der Gewinn der Gesellschaft zu seinem Theil ausgezahlt, endlich daß jeder Schaden, welcher ihm bei Gelegenheit der Führung von Societätsgeschäften ohne seine culpa in concreto widerfahren ist, auf Alle repartirt werde[5]; wie es hingegen zu halten, wenn ein zufälliger Schaden außerhalb der Geschäftsführung eines Gesellschafters eintritt, darüber vgl. § 238 Note 7—9.

Die Klage, welche dem einen Socius gegen den anderen behufs gerichtlicher Geltendmachung der obigen Verbindlichkeiten und Rechte zusteht, heißt actio pro socio.

II. Auf das Verhältniß der Gesellschafter zu dritten Personen hat der Gesellschaftsvertrag keinen Einfluß; es wird beurtheilt, wie wenn keine Gesellschaft unter ihnen existirte; daraus folgt:

1. Gehen alle Gesellschafter zusammen eine Obligation mit einem Dritten ein, so hängt es von der Intention der Parteien ab, ob die Gesellschafter correal oder theilweise berechtigt resp. verpflichtet sein sollen[6]; soweit die Gesellschafter verpflichtet sind, haften sie mit ihrem ganzen Vermögen, nicht bloß mit ihren Societätsbeiträgen.

2. Handelt ein einzelner Gesellschafter in Societätsangelegenheiten mit einem Dritten, so wird das Verhältniß der übrigen Gesellschafter zu dem Dritten nach den Grundsätzen von der Stellvertretung (§ 219—223) beurtheilt und daher werden sie nur dann durch ihn berechtigt, wenn er als offner Stellvertreter handelt, nur dann durch ihn verpflichtet, wenn er als offner Stellvertreter handelt und zugleich zur Führung von Societätsgeschäften befugt ist[7], ist er hiezu nicht befugt, so haften die übrigen Gesellschafter nur auf Höhe ihrer Bereicherung[8].

C. § 302. Eigenthümliche Beendigungsgründe der Gesellschaft. Theilung.

Brinkmann, Verh. der act. comm. divid. und der act. neg. gest. 1855. — Vangerow, §§ 654. 658.

Der Gesellschaft sind einige Beendigungsgründe eigenthümlich; zwei Legalaufzählungen sind davon vorhanden; nach der einen[1]: societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione; nach der anderen[2]: dissociamur renuntiatione, morte, capitis deminutione et egestate. Verbindet man beide Quellenzeugnisse, so gelangt man zu folgenden eigenthümlichen Beendigungsgründen der Gesellschaft:

1. Ex personis, d. h. durch den Tod eines Gesellschafters[3]; denn eine Gesellschaft kann höchstens auf Lebenszeit der Gesellschafter

---

[3] l. 52. § 3. cit. — [4] l. 38. § 1. l. 52. §§ 10. 12. 15. l. 67. pr. § 2. D. h. t. 17, 2; l. 2. C. h. t. 4, 37. — [5] l. 52. § 4. l. 60. § 1. l. 61. D. h. t. 17, 2. — [6] l. 11. § 1. D. de d. r. 45, 2; l. 9. C. si cert. pet. 4, 2; l. 4. pr. D. de ex. a. 14, 1; l. 44. § 1. D. de aed. ed. 21, 1. — [7] l. 4. § 1. l. 1. § 25. l. 2. D. de ex. a. 14, 1; l. 13. § 2. l. 14. D. de inst. a. 14, 3. — [8] l. 82. D. h. t. 17, 2.

[1] l. 63. § 10. D. h. t. 17, 2. — [2] l. 4. § 1. D. h. t. 17, 2. — [3] l. 63. § 10. l. 65. § 9. D. h. t. 17, 2; § 5. I. h. t. 3, 25.

eingegangen werden[4]; ihre Erstreckung auf die Erben ist (mit Ausnahme der soc. vectigalium, § 303) unzulässig und nichtig[5]. Selbst unter den überlebenden Gesellschaftern hört die Societät auf, außer wenn im Gesellschaftsvertrage das Gegentheil ausbedungen wird[6]. Uebrigens endigt die Gesellschaft erst in dem Augenblick, wo die Ueberlebenden Kenntniß vom Tode erhalten[7]; auch muß der Erbe des verstorbenen Gesellschafters, trotzdem er nicht Gesellschafter ist, dennoch die vom Erblasser begonnenen Geschäfte beendigen; er steht hierbei für culpa lata ein[8]. — Dem Tode stand nach vorjustinianischem Recht jede Capitisdeminutio[9], nach Justinianischem Recht nur die cap. dem. maxima und media gleich[10].

2. Ex rebus, d. h. sobald der Zweck der Gesellschaft erreicht oder unerreichbar geworden ist[11].

3. Ex voluntate, d. h. nicht bloß durch gemeinsamen Beschluß der Gesellschafter, sondern auch durch einseitige Kündigung eines Gesellschafters (renuntiatione)[12]. Doch darf die Kündigung nicht an einen Abwesenden geschehen[13] noch dolose (d. h. in der Absicht, einen Erwerb, welcher ein gemeinsamer werden müßte, für sich allein zu machen)[14]; sonst gilt die Gesellschaft in beiden Fällen (bei dem Abwesenden bis zu seiner Kenntnißnahme) als bestehend rücksichtlich der Pflichten, nicht auch rücksichtlich der Rechte des kündigenden Gesellschafters, und daher wird der von dem Kündigenden gemachte Gewinn gemeinschaftlich, während er etwaigen Verlust allein tragen muß. Auch soll die Kündigung nicht unzeitig, d. h. nicht dem Societätsinteresse zuwider geschehen, sonst haftet der Kündigende auf den Schadensersatz[15]. Endlich bedarf die Kündigung, falls die Societät für eine bestimmte Frist eingegangen war, eines besonderen Rechtfertigungsgrundes (z. B. daß der andere Gesellschafter seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, daß der Kündigende von Staatsgeschäften in Anspruch genommen ist); sonst gilt auch hier der Satz: socium a se, non se a socio liberat[16]. — Der in den Quellen zu viert aufgeführte Aufhebungsgrund, die actio, ist eine bloße Unterart der Kündigung; es kann nämlich die Kündigung auch in der Weise geschehen, daß ein Gesellschafter gerichtlich den Antrag auf Theilung des Gesellschaftsvermögens stellt, m. a. W. daß er die act. communi dividundo erhebt.

4. Egestate, d. h. dadurch, daß ein Gesellschafter sein ganzes Vermögen einbüßt; so bei Concurs, Confiscation[17]; letzterer Fall ist heut unpraktisch.

Alle diese Endigungsgründe heben übrigens nur die Gesellschaft als solche auf, d. h. insofern sie die Quelle neu entstehender Forderungen und Schulden ist; nicht aber werden davon die einzelnen durch die Societät bereits begründeten Forderungen und Schulden betroffen[18]; auch

[4] l. 70. D. h. t. 17, 2. — [5] l. 35. l. 59. pr. l. 63. § 8. D. h. t. 17, 2. — [6] l. 65. § 9. D. h. t. 17, 2; § 5. I. h. t. 3, 25. — [7] l. 65. § 10. D. h. t. 17, 2. — [8] l. 35. l. 36. l. 40. D. h. t. 17, 2. — [9] Gai. 3, 153. — [10] l. 4. § 1. l. 63. § 10. D. h. t. 17, 2. — [11] l. 63. § 10. l. 65. § 10. D. h. t. 17, 2; § 6. I. h. t. 3, 25. — [12] l. 4. § 1. l. 63. § 10. D. h. t. 17, 2; § 6. I. h. t. 3, 25; l. 5. C. comm. div. 3, 37. — [13] l. 17. § 1. l. 65. § 4. D. h. t. 17, 2. — [14] l. 65. §§ 3. 4. D. h. t. 17, 2; § 4. I. h. t. 3, 25. — [15] l. 14. l. 17. § 2. l. 65. § 5. D. h. t. 17, 2. — [16] ll. 14—16. l. 65. § 6. D. h. t. 17, 2. — [17] l. 4. § 1. l. 65. §§ 1. 12. D. h. t. 17, 2; §§ 7. 8. I. h. t. 3. 25. — [18] l. 27. l. 28. l. 38. l. 63. § 8. D. h. t. 17, 2.

bleiben die bisher gemeinsamen Sachen und Rechte gemeinsam, bis eine Theilung erfolgt ist, sei es durch die Gesellschafter selbst (also außergerichtlich), sei es durch den Richter auf Anrufen aller Gesellschafter oder eines von ihnen.

a. Die außergerichtliche Theilung kann unbestritten wegen Dolus angefochten werden: ob auch wegen Irrthums, ist bestritten; nach richtiger Interpretation der l. 3 C. comm. utr. iud. III, 38 ist dies zu bejahen, sei es daß ein entschuldbarer Irrthum über den Antheil eines Gesellschafters, sei es daß er über den Werth der getheilten Sache auf beiden Seiten obgewaltet hat.

b. Die gerichtliche Theilung wird mit einer actio duplex verlangt, welche den Namen actio communi dividundo[19] führt; sie kann erst dann angestellt werden, wenn unter den Parteien feststeht, daß und in welchem Verhältniß der zu theilende Gegenstand ein gemeinsamer ist; entgegengesetzten Falles muß dies vorher in einem besonderen Processe (vindicatio partis und dgl.) festgestellt werden[20]. Bei der Theilung muß der Richter die Vereinbarungen der Parteien beachten[21]; im Uebrigen hat er seinem eigenen Ermessen zu folgen: denn er ist ein arbiter im Sinne des altrömischen Civilprocesses; er kann also die gemeinschaftlichen Sachen reell unter die Gesellschafter theilen[22]; oder dem einen Gesellschafter diese, dem anderen jene Sache zusprechen[23]; oder dem einen das Eigenthum der Sachen zuerkennen, dem anderen den Nießbrauch daran oder eine andere Servitut bestellen[24]; oder dem einen das Allein-Eigenthum der Sachen zusprechen und ihm die Zahlung einer Summe an den anderen auferlegen[25]; oder die Sachen versteigern (sei es unter den Gesellschaftern, sei es auch unter dritten Personen) und den Erlös unter die Gesellschafter vertheilen[26]. Das Theilungsurtheil kann in derselben Weise wie ein anderes richterliches Urtel angefochten werden.

D. § 303. Einzelne Gesellschaftsarten.

Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen. 1863. — Vangerow, § 656.

1. Die soc. omnium bonorum. Sie ergreift das gegenwärtige und zukünftige Vermögen[1], doch kann der Gesellschafter nicht dazu gezwungen werden, auch den Erwerb aus unerlaubten Handlungen in die Gemeinschaft einzubringen[2]. — Soweit das gegenwärtige Vermögen in körperlichen Sachen besteht, wird das Eigenthum daran sofort mit dem Vertragsabschluß den einzelnen Gesellschaftern gemeinsam (§ 131 Note 27. 28)[3]; die Forderungen der einzelnen Gesellschafter hingegen gehen

[19] t. D. 10, 3; t. C. 3, 37: communi dividundo; t. C. 3, 38: communia utriusque judicii tam familiae herciscundae quam communi dividundo. — [20] Arg. l. 1. § 1. D. fam. erc. 10, 2; vgl. l. 34. § 1. D. de ev. 21, 2. — [21] l. 21. l. 3. § 1. D. h. t. 10, 3. — [22] l. 6. § 8. l. 7. § 1. D. h. t. 10, 3; l. 3. C. h. t. 3, 37; l. 34. § 2. C. de don. 8, 54. — [23] l. 6. §§ 8. 9. l. 19. § 3. D. h. t. 10, 3; l. 3. C. h. t. 3, 37; § 5. I. de off. jud. 4, 17. — [24] l. 6. § 10. l. 7. § 1. l. 18. D. h. t. 17, 2; l. 6. § 1. D. de usufr. 7, 1. — [25] l. 3. C. h. t. 3, 37. — [26] l. 3. C. h. t. 3, 37.

[1] l. 3. § 1. l. 52. § 16. l. 73. D. h. t. 17, 2. — [2] l. 52. § 17. l. 53. D. h. t. 17, 2. — [3] l. 1. § 1. l. 2. D. h. t. 17, 2.

nach dem Recht zur Zeit der classischen Jurisprudenz erst durch einen besonderen Cessionsact über[4]; nach der Entwicklung, welche die Cession später genommen hat, ist dieser Cessionsact überflüssig (§ 248 N. 6—10). Die Schulden der einzelnen Gesellschafter, sowohl die vor Eingehung der Societät als die während ihres Bestehens contrahirten, werden insofern gemeinschaftlich, als der schuldende Gesellschafter ihre Bezahlung aus dem gemeinsamen Vermögen verlangen kann[5]; nicht aber kann sich der Gläubiger an einen Gesellschafter außer seinem Schuldner halten, denn die soc. omnium bonorum bewirkt keine Universalsuccession (§ 47). Die Schulden eines Gesellschafters aus unerlaubten Handlungen sind nur dann aus dem gemeinsamen Vermögen zu entrichten, wenn der Delinquent den Gewinn daraus in die Gesellschaft eingebracht und zugleich die anderen Gesellschafter den Ursprung des Gewinns gekannt haben[6]. Aus dem gemeinsamen Vermögen ist auch dann zu zahlen, wenn ein Gesellschafter ungerechter Weise vom Richter verurtheilt worden ist[7].

2. Die soc. publicanorum. Die Einkünfte aus den indirecten Steuern, die Ausbeutung gewisser Staatsgüter (der Bergwerke u. dgl.), die Ausführung gewisser dem Staate obliegender Arbeiten (namentlich der Bauten) pflegte der römische Staat zu verpachten. Die Pachtungen erforderten so große Capitalien, daß sich eine Menge sogenannter Publicanengesellschaften bildeten, welche die einzelnen Pachtungen auf fünf, seltner auf drei oder (wahrscheinlich bei Bergwerken) auf hundert Jahre eingingen: decumani für die Zehnten in den einzelnen Provinzen, portitores für die Hafen- und Landzölle, scriptuarii s. pecuarii für die Abgabe von den öffentlichen Weiden, die Pächter der Gold-, Silber- und Salzbergwerke, der Fischereien, Pechsiedereien und dgl. — Die rechtliche Stellung dieser Gesellschaften ist, weil die Quellen darüber sehr spärlich fließen, dunkel und streitig; wahrscheinlich hatten sie die Natur der modernen Commanditgesellschaft auf Actien. An der Spitze der Gesellschaft standen nämlich die Geschäftsunternehmer (mancipes)[8]; sie schlossen den Vertrag mit dem Staat ab und bestellten ihm Bürgen und Pfänder mit Grundstücken (cautio praedibus praediisque); sie hatten die Stellung der modernen Complementare; neben ihnen standen die socii (publicani), die modernen Commanditisten, auf deren Namen Actien (partes) ausgestellt waren, welche verkäuflich waren und im Course stiegen und fielen[9]. Die Verwaltung war in die Hände eines magister[10] gelegt, unter ihm standen promagistri[11], unter diesen eine zahlreiche Beamtenschaft; weder die Geschäftsunternehmer noch die Gesellschafter hatten als solche Anspruch auf ein Amt in der Verwaltung; doch wurde ihnen häufig ein solches anvertraut, da das Interesse der Gesellschaft auf diese Weise am besten gewahrt schien[12]. Behufs Erledigung wichtiger Angelegenheiten wurden die Unternehmer oder alle Gesellschafter zusammenberufen[13]. Kein Ge-

[4] l. 3. pr. D. h. t. 17, 2. — [5] l. 27. D. h. t. 17, 2. — [6] l. 52. § 18.—l. 57. D. h. t. 17, 2. — [7] l. 52. § 18. D. h. t. 17, 2. — [8] Festus v. manceps. — [9] l. 59. pr. D. h. t. 17, 2; Cic. pro C. Rab. Post. c. 2. in Vatin. c. 12; Corn. Nep. v. Attic. c. 5. — [10] Festus v. magisterare; Cic. pro Planc. c. 13. Verr. II. 74. — [11] Cic. ad Att. XI. 10. ad famil. XIII. 65. Verr. II. 70. — [12] l. 8. § 1. D. de vacat. 50, 5; l. 9. § 4. D. de publ. 39, 4. — [13] Cic. Verr. II. 70. 71.

sellschafter konnte kündigen (was bei der Verkäuflichkeit der Actien sich leicht ertrug)[14]. Nach dem Tode eines Gesellschafters löste sich die Gesellschaft nicht von selbst auf, sondern die überlebenden Gesellschafter hatten zu entscheiden, ob die Gesellschaft aufgelöst werden solle (es war dies dann zulässig, wenn die Verwaltung größtentheils vom Verstorbenen geführt worden war), oder ob die Actien des Verstorbenen auf den Namen des Erben überschrieben (der Erbe also in die Gesellschaft aufgenommen) werden solle, oder endlich ob die Gesellschaft unter den Ueberlebenden fortbestehen und der Erbe des Verstorbenen (ohne in die Gesellschaft einzutreten) an Gewinn und Verlust theilnehmen solle[15]; dem Beschluß mußte der Erbe sich fügen: er hatte kein Kündigungsrecht. Die Publicanengesellschaft hatte die Rechte einer juristischen Person[16] (§ 30 N. 15), und eben aus diesem Charakter erklären sich die obenerwähnten Bestimmungen 1) über die Verwaltung der Societätsgeschäfte; 2) über die Möglichkeit des Wechsels der Mitglieder bei Tod oder Veräußerung einer Actie; 3) über die Unkündbarkeit. — Durch die veränderte Steuerverfassung sind die oben dargestellten Rechtsgrundsätze in das heutige Recht nicht übergegangen.

Zweiter Titel.

§ 304. Gemeinschaft ohne Verabredung (sog. zufällige Gemeinschaft, sog. communio incidens).

t. D. X, 2; t. C. III, 36: familiae erciscundae. — t. D. X, 3; t. C. III, 37: communi dividundo. — t. C. III, 38: communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. — Vangerow, § 657.

Häufig entsteht eine Gemeinschaft ohne vorhergehende Verabredung; so namentlich unter Miterben, Collegataren, Mitbeschenkten; Neuere nennen sie unpassender Weise zufällige Gemeinschaft, communio incidens, anlehnend an die Aeußerung der Quellen: incidimus in communionem, in coheredem[1]. Die Gemeinschafter ohne Verabredung (socii) sind unter sich in ähnlicher Weise wie die vertragsmäßigen Gesellschafter verpflichtet und berechtigt; es besteht unter ihnen (nach Gaius und Justinian) eine obligatio quasi ex contractu (§ 209 Note 39. 40). Ein jeder muß die Erwerbungen, welche er in Folge der Gemeinschaft macht, namentlich die Früchte, mit den Genossen theilen[2]; er muß die durch die Gemeinschaft veranlaßten Geschäfte führen; er steht für sog. culpa in concreto ein[3]. Er ist andererseits berechtigt, den Mitgebrauch und die Mitbenutzung der gemeinsamen Sache zu verlangen[4] ebenso die theilweise Erstattung der nöthigen und nützlichen Ausgaben[5], vorausgesetzt, daß sein eigenes Interesse von dem der übrigen Genossen untrennbar war; ist es trennbar gewesen, so finden die Grundsätze der freiwilligen Geschäfts-

---

[14] l. 63. § 8. i. f. („voluntaria societ.") D. h. t. 17, 2. — [15] l. 59. pr. l. 63. § 8. D. h. t. 17, 2. — [16] l. 1. pr. D. quod cuj. univ. 3, 4.

[1] l. 31. D. pro soc. 17, 2; l. 25. § 16. D. fam. erc. 10, 2. — [2] l. 4. § 3. l. 11. D. c. d. 10, 3; l. 34. D. pro soc. 17, 2; § 3. I. de obl. qu. ex c. 3, 27. — [3] l. 8. § 2. l. 20. l. 28. D. c. d. 10, 3; l. 25. § 16. D. fam. erc. 10, 2. — [4] l. 12. l. 23. D. c. d. 10, 3; l. 4. D. de serv. leg. 33, 3. — [5] l. 3. pr. l. 4. § 3. l. 6. pr. — §§ 3. 12. D. c. d. 10, 3.

führung Anwendung[6] (§ 309). Die Klage, welche dem einen Gemeinschafter gegen den anderen behufs gerichtlicher Geltendmachung der dargestellten Verbindlichkeiten und Rechte zusteht, heißt, wenn es sich um eine Erbschaft handelt, actio familiae erciscundae, in allen anderen Fällen actio communi dividundo; sie heißt act. comm. divid. utilis, wenn sie geltend gemacht wird, nachdem die Gemeinschaft bereits durch Untergang oder Theilung der gemeinsamen Sache aufgehört hat[7].

Die Gemeinschaft kann aufgehoben werden, sei es durch Vertrag der Gemeinschafter selbst, sei es durch den Richter, welcher von allen Gemeinschaftern oder von Einem (mittels der act. fam. erc. resp. der act. comm. divid.) angerufen werden kann[8]; es gelten in dieser Beziehung dieselben Grundsätze wie bezüglich der Theilung unter den vertragsmäßigen Gesellschaftern[9] (§ 302 Note 18—26). Die Theilung kann durch Privatdisposition nicht für immer verboten werden[10], nur eine Privatdisposition auf zeitweise Unzulässigkeit der Theilung bindet[11].

Die Darstellung ergibt, daß mit den sog. Theilungsklagen sehr verschiedene Ansprüche geltend gemacht werden: theils das Recht auf Theilung, theils obligatorische Verpflichtungen; deshalb heißt es von ihnen in den Quellen: mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam[12] (§ 80 a. E.).

Dritter Titel.

§ 305. Die Grenzstreitigkeiten.

Karlowa, Beiträge zur Geschichte des Römischen Civilprocesses. 1865. — Vangerow, § 658.

I. Historische Einleitung[1]. Da die Grenzstreitigkeiten sehr oft auf Grenzverdunkelungen beruhen (so daß die Parteien selbst über die Grenzen ungewiß sind), so ist das gewöhnliche Rechtsmittel (die rei vindicatio) zur Herstellung des nachbarlichen Friedens ungeeignet. Daher trafen für den Fall, daß die Grenzen von ländlichen Grundstücken streitig sind, die zwölf Tafeln, später die lex Mamilia besondere Vorschriften, indem sie die actio finium regundorum einführten. Zwei Fälle müssen unterschieden werden:

1. Der Streit betrifft nur den Grenzrain (finis) von fünf Fuß, welcher nach jenen Gesetzen zwischen ländlichen Grundstücken belassen werden mußte; der Streit heißt controversia de fine und wird von Agrimensoren entschieden, welche bei der Urtheilsfällung lediglich nach technischen Grundsätzen verfahren, mithin eine etwaige Veränderung der Grenzen durch Usucapion unberücksichtigt lassen.

2. Der Streit geht über den Grenzrain hinaus; dann heißt er controversia de loco und wird vom ordentlichen Richter entschieden, welcher dabei zwar Agrimensoren als Sachverständige zuzieht, aber auch

[6] l. 6. §§ 2. 7. D. c. d. 10, 3; l. 40. D. de neg. gest. 3, 5. — [7] l. 6. § 1. l. 11. D. c. d. 10, 3; l. 3. C. comm. utr. jud. 3, 38. — [8] l. 5. C. c. d. 3, 37. — [9] l. 2. pr. D. c. d. 10, 3. — [10] l. 14. § 2. D. c. d. 10, 3. — [11] l. 14. §§ 2. 3. D. eod. 10, 3. — [12] § 20. I. de act. 4, 6.

[1] Cic. de leg. 1, 18; Frontinus de controv. agror.; Hyginus de gener. controv.

Rechtsgrundsätze, namentlich also die Veränderungen der Grenze durch Usucapion, berücksichtigt.

Die Gesetzgebung der Kaiserzeit ist in dieser Materie eine schwankende; in die Justinianische Compilation ist der Unterschied der contr. de fine und de loco nicht aufgenommen worden; in derselben sind vielmehr durch Interpolation der früheren Rechtsquellen folgende Grundsätze aufgestellt [2]: Alle Grenzstreitigkeiten werden vom ordentlichen Richter entschieden; Agrimensoren werden nur als Sachverständige zugezogen; bei der Entscheidung ist nicht die ordentliche, wohl aber die außerordentliche Ersitzung zu berücksichtigen.

II. Geltendes Recht [3]. Besteht ein Streit über die Grenzen zweier oder mehrerer [4] benachbarter landwirthschaftlicher [5] Grundstücke, mögen die Grundstücke auf dem Lande oder in der Stadt liegen [6], mögen die Grenzen den Nachbarn selbst unbekannt sein oder von ihnen in verschiedener Weise angegeben werden, — so kann jeder Nachbar (nicht bloß die Eigenthümer, sondern auch ein Nießbraucher, Emphyteuta, Pfandgläubiger) [7] die gerichtliche Regulirung der Grenze verlangen (mittels Anstellung der actio finium regundorum, einer actio duplex) [8]. Aufgabe des Richters ist es, zunächst die richtige Grenze zu ermitteln, wobei die Vorschriften über die ordentliche Ersitzung außer Acht bleiben, und durch sichtbare Zeichen wieder herzustellen. Findet er die Grenze wieder auf, hält er sie aber für unzweckmäßig, so kann er eine neue Grenze ziehen und zu diesem Zweck dem Einen ein Stück Land des Nachbars adjudiciren; natürlich muß er zugleich den Adjudicatar zur Entschädigung des Nachbars verurtheilen [9]. Findet der Richter die Grenze nicht auf, so muß er das streitige Grenzstück als gemeinsam behandeln und unter die Nachbarn vertheilen [10]. — Diese Darstellung ergibt, daß die act. finium regundorum von vornherein die Natur der rei vindicatio hat, und erst unter besonderen Voraussetzungen den Charakter einer Theilungsklage annimmt.

Die Grenzberichtigung ist der Hauptzweck des Verfahrens; es können aber bei Gelegenheit derselben auch persönliche Leistungen zur Sprache kommen: Ersatz verursachten Schadens, Herausgabe gezogener Nutzungen [11]; bezüglich der letzteren gelten dieselben Grundsätze wie bei der rei vindicatio [12].

---

[2] Vgl. namentlich l. 5. l. 6. C. fin. reg. 3, 39. — [3] t. D. 10, 1; C. 3, 39: finium regundorum. — [4] l. 4. § 8. D. h. t. 10, 1. — [5] l. 4. § 10. l. 5. l. 6. D. h. t. 10, 1. — [6] l. 4. § 10. cit. — [7] l. 4. § 9. D. h. t. 10, 1. — [8] l. 10. D. h. t. 10, 1. — [9] l. 2. § 1. D. h. t. 10, 1; § 6. I. de off. jud. 4, 17. — [10] l. 2. § 1. cit. — [11] § 6. I. de off. jud. 4, 17; l. 4. §§ 1. 2. D. h. t. 10, 1. — [12] l. 4. § 2. D. h. t. 10, 1; l. 56. D. fam. erc. 10, 2.

Viertes Capitel.
Obligationen aus der Führung fremder Geschäfte.

Erster Titel.
Geschäftsführung zufolge Auftrags (Mandat).

t. D. XVII, 1: mandati vel contra. — t. C. IV, 35: mandati. — t. I. III, 26: de mandato.

A. § 306. Die allgemeinen Grundsätze.

Vangerow, §§ 659—662.

I. Begriff und Erfordernisse. Der Auftrag (Vollmachtsvertrag, mandatum), ein Consensualvertrag, entsteht durch die Aufforderung des Einen (mandans, mandator, Mandant, dominus scil. negotii) an einen Anderen (Mandatar, procurator), ein Geschäft für ihn auszuführen und durch das Versprechen des Anderen, dieser Aufforderung nachzukommen[1]. Die herrschende Meinung stellt noch ein negatives Requisit auf, nämlich daß kein Entgelt für die Geschäftsführung verabredet werde; es ist jedoch in § 299 die Unrichtigkeit dieser Meinung gezeigt worden; vgl. unten N. 15. Das Mandat kann auf ein einzelnes Geschäft oder auf mehrere, ja auf Verwaltung des gesammten Vermögens einer Person gerichtet sein[2]; es kann die Ausführung eines Rechtsgeschäfts (z. B. die Abschließung eines Vertrages) oder eine Thätigkeit anderer Art (z. B. ut in horto sphaeri- sterium et hypocausta faceret)[2a] zum Gegenstand haben; jedenfalls muß das auszuführende Geschäft

1. erlaubt sein; das Mandat zur Begehung eines Verbrechens ist nichtig[3];

2. möglich sein; das Mandat zur Ausführung eines bereits ausgeführten Geschäfts ist nichtig[4];

3. nicht bloß im Interesse des Mandatars liegen, sondern im Interesse des Mandanten oder eines Dritten oder sowohl dieser Personen als auch des Mandatars: mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena; quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur[5]. Die Unwirksamkeit des mandatum tua gratia rührt daher, daß es nicht sowohl ein Auftrag als vielmehr ein Rath ist; dem Rathgeber fehlt der Wille, sich oder den Anderen zu verpflichten und er haftet deshalb nur a) wenn er arglistig einen schädlichen Rath ertheilt[6],

[1] l. 1. pr. § 2. l. 6. § 2. l. 18. l. 53. D. h. t. 17, 1; l. 6. C. h. t. 4, 35. — [2] l. 1. § 1. l. 63. D. de proc. 3, 3; l. 25. § 1. D. de min. 4, 4. — [2a] l. 16. D. h. t. 17, 1. — [3] l. 6. § 3. l. 22. § 6. D. h. t. 17, 1; § 7. I. h. t. 3, 26. — [4] l. 12. § 14. D. h. t. 17, 1. — [5] l. 2. pr. D. h. t. 17, 1; §§ 1—7. I. h. t. 3, 26; l. 2. §§ 1—6. l. 6. §§ 4. 5. l. 8. § 6. D. h. t. 17, 1. — [6] l. 47. pr. D. de r. j. 50, 17.

b) wenn er durch besonderen Vertrag die Folgen der Beachtung des Raths auf sich nimmt[7].

II. Verpflichtungen. Rechtliche Beziehungen entspringen in Folge des Mandats sowohl zwischen dem Mandanten und Mandatar als zwischen dem Mandanten und denjenigen Personen, gegenüber welchen der Mandatar den Mandanten vertritt. Die letzteren sind bereits oben §§ 219—223 behandelt worden; hier sollen die ersteren dargestellt werden. — Es geht aus dem Mandat stets eine Verpflichtung des Mandatars, möglicher Weise auch eine andere des Mandanten hervor:

1. Verpflichtung des Mandatars. Er muß den Auftrag unter Beobachtung der ihm ertheilten Instructionen sowie unter Anstrebung des größtmöglichsten Vortheils des Mandanten ausführen[8]; hat er die Ausführung einem Anderen (einem Substituten) überlassen, so steht er für dessen Handlungen wie für seine eigenen dann ein, a) wenn er dessen Untauglichkeit kannte oder kennen mußte (wie man gewöhnlich sagt: wegen culpa in eligendo)[9], b) wenn die Bestellung eines Substituten durch ausdrückliche Bestimmung des Mandanten oder durch die Natur des aufgetragenen Geschäfts verboten war[10]; abgesehen von diesen Fällen braucht er bloß seine Ansprüche an den Substituten dem Mandanten zu cediren. — Er muß über die Ausführung des Geschäfts Rechnung legen und Alles, was in Folge des Mandats in seine Hände gekommen ist, an den Mandanten ausliefern, sowie alle Ansprüche, die er an dritte Personen in Folge des Mandats erworben hat, dem Mandanten cediren[11]. — Er steht für culpa levis ein[12]. — Die Klage, welche dem Mandanten gegen den Mandatar behufs gerichtlicher Geltendmachung dieser Ansprüche zusteht, heißt actio mandati directa.

2. Verpflichtung des Mandanten. Er muß dem Mandatar alle angemessenen Verwendungen ersetzen, namentlich Geldauslagen (mit Zinsen) zurückerstatten[13], und übernommene Verbindlichkeiten abnehmen[14]. Ein Honorar muß er ihm nur dann zahlen, wenn er es ihm versprochen hat[15]. Er steht für culpa levis ein; zufälligen Schaden, welcher bei der Geschäftsführung die Sachen des Mandatars trifft, hat letzterer zu tragen[16]. — Diesen Verbindlichkeiten braucht der Mandant nur dann nachzukommen, wenn der Mandatar die ertheilten Instructionen nicht überschritten hat; entgegengesetzten Falles kann der Mandatar keinen Anspruch an den Mandanten erheben, außer (und dies ward von den Proculianern siegreich gegen die Sabinianer vertheidigt) wenn er den durch die Ueberschreitung entstandenen Schaden selbst zu tragen bereit ist[17]. — Die Klage, welche dem Mandatar gegen den Mandanten behufs gerichtlicher Geltendmachung der Verbindlichkeiten des letzteren zusteht, heißt actio mandati contraria.

---

[7] l. 6. § 5. D. h. t. 17, 1. — [8] l. 5. l. 46. D. h. t. 17, 1. — [9] l. 8. § 3. D. h. t. 17, 1; l. 21. § 3. l. 28. D. neg. gest. 3, 5; l. 10. i. f. l. 11. D. comm. 13, 6. — [10] l. 2. § 1. D. si mensor 11, 6. — [11] l. 8. § 9. l. 10. §§ 2. 3. 8. l. 20. pr. D. h. t. 17, 1; l. 46. § 4. D. de proc. 3, 3. — [12] l. 11. l. 13. l. 21. C. h. t. 4, 35. — [13] l. 10. § 9. l. 12. § 9. l. 27. § 4. l. 56. § 4. D. h. t. 17, 1; l. 1. l. 4. C. h. t. 4, 35. — [14] l. 45. D. h. t. 17, 1. — [15] l. 6. pr. l. 7. D. h. t. 17, 1; l. 1. C. h. t. 4, 35. — [16] l. 26. §§ 6. 7. D. h. t. 17, 1; l. 61. § 5. D. de furt. 47, 2. — [17] l. 3. § 2. l. 4. l. 41. D. h. t. 17, 1; § 8. I. h. t. 3, 26.

III. Aufhebung. Es gibt einige dem Mandat eigenthümliche Aufhebungsgründe:

1. Ausführung des aufgetragenen Geschäfts;

2. Ablauf der Zeit, wenn das Mandat für eine solche ertheilt war;

3. Rücktritt (Widerruf). Sowohl der Mandant kann den Auftrag für die Zukunft zurücknehmen als der Mandatar ihn für die Zukunft kündigen[18]; es muß jedoch der Mandant die Handlungen anerkennen, welche der Mandatar, bevor er die Zurücknahme erfahren, ausgeführt hat[19]; umgekehrt haftet der Mandatar wegen unzeitiger Kündigung, sofern sie nicht aus besonderen Gründen (Krankheit, Feindschaft) gerechtfertigt ist[20].

4. Tod. Weil das Mandat von beiden Seiten mit besonderer Rücksicht auf die Persönlichkeit des Mitcontrahenten eingegangen wird (nam mandatum originem ex officio atque amicitia trahit)[21], so wird es sowohl durch den Tod des Mandanten als durch den des Mandatars für die Zukunft gelöst[22]; doch müssen die Erben des Mandanten die Handlungen anerkennen, welche der Mandatar in Unkenntniß des Todes des Mandanten vollzogen hat[23]. Ohne Einfluß ist der Tod des Mandanten bei dem sog. mandatum post mortem, d. h. dann, wenn das aufgetragene Geschäft (z. B. die Errichtung eines Grabmals) erst nach dem Tode des Mandanten ausgeführt werden soll[24].

B. § 307. Besondere Arten des Mandats. (Mand. qualificatum. Mand. agendi. Delegation oder Anweisung. Trödelvertrag.)

v. Salpius, Delegation und Novation. 1864. — Chambon, Beiträge. 1851. — Brinz, kritische Blätter. Nr. 1. 1852. — Vangerow, §§ 619. 663. 639.

I. Mandatum qualificatum: § 258.

II. Mandatum agendi: § 248.

III. Delegation oder Anweisung im weiteren Sinne; sie ist doppelter Art: Creditanweisung und Zahlungsanweisung[1].

1. Creditanweisung, d. h. Jemand (der Delegant) beauftragt einen Anderen (Delegatar), sich von einem Dritten (Delegat) statt von ihm, dem Deleganten, etwas (namentlich eine Geldleistung) versprechen zu lassen, und er beauftragt ferner den Dritten, dem Anderen für seine (des Deleganten) Rechnung das Versprechen zu leisten. Hiernach nimmt die Delegation ihren Ausgang in einem Doppelmandat (in den Quellen iussus[2], permissus, voluntas)[3]; an die Vollziehung des

[18] l. 12. § 16. l. 22. § 11. D. h. t. 17, 1; §§ 9. 11. I. h. t. 3, 26. — [19] l. 15. D. h. t. 17, 1; § 9. I. cit. — [20] l. 22. § 1. l. 23. l. 24. l. 25. l. 27. § 2. D. h. t. 17, 1. — [21] l. 1. § 4. D. h. t. 17, 1. — [22] l. 27. § 3. l. 57. D. h. t. 17, 1; l. 15. C. h. t. 4. 35; § 10. I. h. t. 3, 26. — [23] l. 26. pr. § 1. l. 58. pr. D. h. t. 17, 1; § 10. I. h. t. 3, 26; l. 19. § 1. D. de don. 39, 5. — [24] l. 12. § 17. l. 13. D. h. t. 17, 1.

[1] t. D. 46, 2; C. 8, 42: de novationibus et delegationibus. — [2] l. 32. D. de r. c. 12, 1; l. 2. § 2. l. 21. § 1. D. de don. 39, 5; l. 11. pr. D. h. t. 46, 2. — [3] l. 33. § 3. l. 39. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 106. D. de sol. 46, 3; l. 11. § 5. D. de p. a. 13, 7.

Mandats (welche nach classischem Römischem Recht durch Stipulation und Literalcontract, heute durch den abstracten formlosen Vertrag geschieht) knüpfen sich neue Rechtsverhältnisse, behufs deren klarer Darstellung die Verhältnisse der einzelnen betheiligten Personen geschieden werden müssen.

a. **Verhältniß zwischen dem Deleganten und dem Delegatar.** Das Versprechen des Delegaten an den Delegatar wird als Versprechen des Deleganten an den Delegatar angesehen, weil es für Rechnung des Deleganten geschehen ist, und seine Wirkung bestimmt sich nach den Abreden zwischen dem Deleganten und dem Delegatar. War der Delegant bisher Schuldner des Delegatars und sollte durch die Delegation ein neuer Schuldner statt seiner eintreten, so bewirkt das Versprechen des Delegaten die Novation der bisherigen Schuld und der Delegant wird davon befreit[4]: solvit enim et qui reum delegat[5] (die Delegation geschieht solvendi causa). Stand der Delegant in keinem Verhältniß zum Delegatar, so liegt je nach der Absicht der Parteien in dem Versprechen des Delegaten bald eine Schenkung des Deleganten an den Delegatar (die Delegation geschieht donandi causa)[6], bald eine Vorleistung, wofür der Delegatar dem Deleganten später gerecht werden muß (die Delegation geschieht contrahendi causa)[7].

b. **Verhältniß zwischen dem Deleganten und dem Delegaten.** Das Versprechen des Delegaten an den Delegatar wird als Versprechen des Delegaten an den Deleganten angesehen und seine Wirkungen bestimmen sich nach den Abreden zwischen dem Deleganten und dem Delegaten. Im Uebrigen sind diese Wirkungen den soeben sub a. dargestellten analog[8].

c. **Verhältniß zwischen dem Delegaten und dem Delegatar.** Das Rechtsverhältniß zwischen dem Deleganten und dem Delegatar sowie das zwischen dem Deleganten und dem Delegaten hat auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Delegatar und dem Delegaten in der Regel[9] keinen Einfluß[10]; der Delegat muß sein Versprechen erfüllen, wenngleich z. B. der Delegant sich irrthümlich für den Schuldner des Delegatars oder der Delegat sich irrthümlich für den Schuldner des Deleganten hielt; solche Umstände gewähren jedoch dem Deleganten einen Anspruch gegen den Delegatar resp. dem Delegaten gegen den Deleganten nach den Regeln der grundlosen Bereicherung (§ 280 ff.).

2. **Zahlungsanweisung**, heutzutage Assignation, Anweisung schlechthin genannt, d. h. **Jemand (Assignant) beauftragt einen**

---

[4] l. 3. C. h. t. 8, 42; l. 33. D. h. t. 46, 2; l. 21. § 1. l. 33. § 3. D. de don. 39, 5; l. 41. pr. D. de re jud. 42, 1. — [5] l. 8. § 3. D. ad sct. Vell. 16, 1. — [6] l. 2. § 2. l. 21. § 1. D. de don. 39, 5; l. 18. § 1. D. de m. c. don. 39, 6; l. 11. C. de don. 8, 53. — [7] l. 32. D. de r. c. 12, 1; l. 31. § 1. D. h. t. 46, 2; l. 56. pr. l. 78. § 5. l. 80. D. de jure d. 23, 3. — [8] l. 21. § 1. D. de don. 39, 5; l. 18. § 1. D. de m. c. d. 39, 6; l. 11. C. de don. 8, 53; l. 21. § 1. l. 33. § 3. D. de don. 39, 5; l. 5. C. h. t. 8, 42. — [9] Ausnahmen: l. 9. § 1. D. de c. d. c. n. s. 12, 4; l. 3. §§ 12. 13. l. 4. l. 5. §§ 3. 4. l. 39. l. 56. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 2. §§ 3. 4. D. de don. 39, 5; l. 7. pr. § 1. D. de d. m. c. 44, 4. — [10] l. 12. l. 13. l. 19. D. h. t. 46, 2; l. 9. § 1. D. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 78. § 5. D. de j. d. 23, 3; l. 4. §§ 20. 21. D. de d. m. c. 44, 4; l. 1. §§ 10. 11. D. qu. r. a. 44, 5.

Anderen (Assignatar) sich von einem Dritten (Assignat) statt von ihm, dem Assignanten, etwas (namentlich Geld) zahlen zu lassen und zu behalten, und er beauftragt ferner den Dritten, dem Anderen für seine (des Assignanten) Rechnung die Zahlung zu machen. Die oben über die Creditanweisung gegebenen Grundsätze finden durchweg auf die Zahlungsanweisung analoge Anwendung; daher die beiden Regeln der Quellen[11]: a) qui mandat solvi, ipse videtur solvere; b) quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset. — Besondere Erwähnung verdient das deutsche Rechtssprüchwort: Anweisung ist keine Zahlung; da nämlich der Assignant die Anweisung bis zu dem Augenblicke, wo der Assignat zahlt, widerrufen kann, und da ferner der Assignat das Versprechen zu zahlen möglicherweise nicht erfüllt, so finden die oben 1 a—c auseinandergesetzten Grundsätze erst dann Anwendung, wenn der Assignat dem Assignatar gezahlt hat.

Von der hier gegebenen Darstellung abweichend behaupten viele Schriftsteller, daß die Ausführung der Delegation stets eine Novation nach sich ziehe, denn sie sei die Erklärung des bisherigen Schuldners, daß ein Anderer sich statt seiner verpflichten solle, resp. die Erklärung des bisherigen Gläubigers, daß der Schuldner einem Anderen statt seiner versprechen solle. Diese Auffassung der Delegation ist viel zu eng: die Delegation kann zwar mit einer einfachen oder doppelten Novation verbunden sein, sie muß es aber keineswegs.

IV. Trödelvertrag, sog. contractus aestimatorius[12]. Die Hingabe einer Sache an einen Anderen behufs Verkaufs kommt im Verkehr unter mehreren Nüancen vor, welche nicht unter den Begriff des Trödelvertrages fallen:

1. Bald geschieht der Verkauf lediglich im Interesse Dessen, der die Sache hingibt, und der mit dem Verkauf Betraute bleibt ohne allen Gewinn; dann unterliegt das Geschäft den Regeln des Mandats.

2. Bald soll der mit dem Verkauf Betraute einen Gewinn erlangen; dies kann in verschiedener Weise herbeigeführt werden:

a. war die Absicht der Parteien darauf gerichtet, den Verkauf der Sache als ein gemeinsames Geschäft anzusehen (so daß der Eine die Sache, der Andere die Thätigkeit, welche der Verkauf verlangt, einschießt, Auslagen aber und Erlös unter sie nach einem gewissen Maßstab vertheilt werden), so unterliegt das Geschäft den Regeln der Societät[13].

b. Fehlt diese Absicht, verspricht aber der Inhaber der Sache dem mit dem Verkauf Betrauten einen Lohn, so unterliegt das Geschäft den Grundsätzen des Mandats (§ 299 II).

In allen diesen Fällen kann Derjenige, der die Sache zum Verkauf

[11] l. 56. D. de sol. 46, 3; l. 180. D. de r. j. 50, 17; vgl. auch l. 49. l. 64. D. de sol. 46, 3; l. 65. § 4. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 5. D. si quid in fr. 38, 5; l. 9. § 2. l. 19. § 3. D. de don. 39, 5; l. 9. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 3. §§ 12. 13. l. 26. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 15. D. de r. c. 12, 1; l. 34. pr. D. mand. 17, 1; l. 5. § 8. l. 19. D. de j. d. 23, 3; l. 14. pr. D. de f. d. 23, 5. — [12] t. D. 19, 3: de aestimatoria (scil. actione). — [13] l. 44. D. pro soc. 17, 2; l. 13. pr. D. de praescr. v. 19, 5.

hingibt, eine Summe festsetzen, unter welcher nicht verkauft werden soll (sog. Limitum); hieran ist der mit dem Verkauf Betraute gebunden, darf aber gleichwohl einen etwaigen Mehrerlös nicht für sich behalten. — Zuweilen aber wird von den Parteien dem Limit eine andere Bedeutung beigelegt, nämlich die, daß es genügen solle, wenn Der, welcher die Sache zum Verkauf hergibt, von dem Anderen die limitirte Summe (aestimatio) gezahlt erhalte; alsdann kann der mit dem Verkauf Betraute (Trödler) den Mehrerlös für sich behalten, ja er kann, falls er nur die limitirte Summe zahlt, die Sache selbst erwerben (Beispiele: Vertrag des Hausirers mit dem Waarenhändler, des Sortimentsbuchhändlers mit dem Verlagsbuchhändler). Diese Gestaltung des Vertrages ist der Trödelvertrag (sog. contr. aestimatorius); er ist die Hingabe einer Sache an einen Anderen mit dem Auftrage, sie zu verkaufen und aus dem Erlöse eine bestimmte Summe an den Auftraggeber zu zahlen. Der Trödelcontract weicht von allen oben angeführten ab, und es war deshalb unter den älteren römischen Juristen die Natur des Vertrages (ob Kauf, Miethe, Mandat) bestritten; die späteren einigten sich dahin, daß man, die Natur des Vertrages ununtersucht lassend, das Geschäft als Innominatrealcontract behandeln und dem Hingeber der Sache die actio aestimatoria praescriptis verbis gegen den Trödler geben solle[14]; besser wäre es gewesen, den Vertrag als eine Unterart des mandatum mea et tua gratia zu erklären. Unbestritten ist die Verpflichtung des Trödlers die, entweder die Sache zurückzugeben oder den Preis zu zahlen; bestritten hingegen ist es, ob er den Zufall der Sache zu tragen habe; in den Quellen besteht hierüber eine Antinomie[15], und aus inneren Gründen ist die Haftung für den Zufall dem Trödler nur dann aufzulegen, wenn er den Anstoß zum Geschäft gegeben hat. Wegen des Einstehens für den Zufall behaupten Einige, daß der Trödler sofort mit der Empfangnahme der Sache das Eigenthum erwerbe; allein diese Correspondenz zwischen Einstehen für Zufall und Erwerb des Eigenthums, so häufig sie auch sonst ist (§§ 278 unter I. 298 unter I), widerspricht im vorliegenden Falle durchaus der Absicht der Parteien und wird durch die Quellen nicht bestätigt[16].

Zweiter Titel.

§ 308. Geschäftsführung zufolge Amtes.

Die Geschäftsführung zufolge Amtes begreift drei verschiedene Fälle:

1. die des Vormundes; dieselbe wird, weil der Vormund nicht bloß das Vermögen des Mündels zu verwalten, sondern zugleich bezüglich der Person des Mündels die wesentlichen Pflichten eines Hausvaters zu erfüllen hat, im Familienrecht dargestellt werden (§§ 368—386);

2. die des curator bonorum[1]; ein solcher wird namentlich bestellt für das von einem Abwesenden, welcher keinen Stellvertreter bestellt hat,

---

[14] l. 1. pr. D. h. t. 19, 3. — [15] Zwischen l. 1. § 1. D. h. t. 19, 3 einerseits und l. 17. § 1. D. de praescr. v. 19, 5 andererseits. — [16] Vgl. l. 5. § 18. D. de tr. a. 14, 4.

[1] t. D. 42, 7: de curatore bonis dando.

namentlich für das von einem Kriegsgefangenen [2] zurückgelassene Vermögen, ferner für eine noch nicht erworbene Erbschaft [3], für eine Concursmasse [4]. Die Uebernahme der cura bonorum ist im Allgemeinen Bürgerpflicht (munus civile) [5], ausgenommen ist nur die Concurscuratel [6]. Die Befugnisse und Pflichten des curator bonorum richten sich nach dem Anlaß seiner Bestellung; abgesehen von Nothfällen hat er nicht das Veräußerungsrecht [7], ausgenommen der Concurscurator und der curator ex edicto Carboniano (§ 423) [8]. Im Uebrigen finden die Regeln des Mandats Anwendung.

3. Die der Verwaltungsbeamten des Staates resp. einer juristischen Person; auch diese unterliegen den Grundsätzen des Mandats, die aber durch besondere Vorschriften des öffentlichen Rechts vielfach modificirt werden [9].

Dritter Titel.

§ 309. Freiwillige Führung fremder Geschäfte (negotiorum gestio im engeren Sinne.)

t. D. III, 5; t. C. II, 19; de negotiis gestis. — Chambon, die Negotiorum Gestio. 1848. — Dankwardt, die negot. gestio. 1855. — Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. 1855. — Köllner, die Grundzüge der oblig. negot. gest. 1856. — Ruhstrat, über negotiorum gestio. 1858. — Aarons, Beiträge zur Lehre von der negot. gestio. 1860. — Zimmermann, echte und unechte neg. gestio. 1872; L. v. d. stellvertretenden negot. gestio. 1876. — v. Monroy, die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte. 1878. — Sturm, das neg. util. coeptum. 1878. — Vangerow, §§ 664—666.

I. Begriff. Eine negotiorum gestio im engeren Sinne (denn im weiteren Sinne haben diese Worte noch mannigfach andere Bedeutungen) [1] ist dann vorhanden, wenn Jemand (negotiorum gestor) die Geschäfte eines Anderen (dominus, Geschäftsherr) [2] führt, ohne hiezu durch einen Auftrag des letzteren [3] oder durch ein Amt verpflichtet zu sein. Ihr Anlaß ist sehr häufig der Umstand, daß der Geschäftsherr abwesend ist und Niemandem die Besorgung seiner Angelegenheiten aufgetragen hat [4]; aber auch Derjenige, welcher die Geschäfte eines Anderen zufolge Auftrags eines Dritten besorgt, gilt dem Geschäftsherrn gegenüber als negotiorum gestor [5]; ferner Derjenige, welcher zur Führung der fremden Geschäfte sich irrthümlich verpflichtet glaubt [6]; endlich Derjenige, welcher ein fremdes Geschäft irr-

[2] l. 22. § 1. D. de reb. auct. jud. 42, 5; l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4; l. 3. C. de postl. 8, 51. — [3] Vgl. vorläufig l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4; l. 1. § 17. D. de ventre in p. m. 37, 9; l. 5. § 1. D. de Carb. ed. 37, 10. — [4] l. 2. D. h. t. 42, 7; l. 5. l. 9. D. de cur. fur. 27, 10; Reichsconcursordnung § 5. — [5] l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4. — [6] l. 2. § 3. D. h. t. 42, 7. — [7] l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4; l. 1. § 2. D. h. t. 42, 7; l. 6. § 4. D. de tut. 26, 1; l. 48. D. de adm. 26, 7. — [8] l. 2. § 1. D. h. t. 42, 7; l. 5. § 5. D. de Carb. ed. 37, 10. — [9] t. D. 50, 8: de adm. rerum ad civitates pertinentium; tt. C. 11, 33—35. 38.

[1] l. 2. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 17. § 3. D. comm. 13, 6; l. 1. pr. D. de aest. 19, 3. — [2] l. 9. § 4. D. h. t. 3, 5. — [3] l. 5. l. 19. § 2. D. h. t. 3, 5; l. 14. § 15. D. de rel. 11, 7. — [4] l. 1. l. 2. D. h. t. 3, 5; l. 5. pr. D. de o. et a. 44, 7. — [5] l. 3. § 11. l. 4. D. h. t. 3, 5; l. 14. C. h. t. 2, 19; vgl. l. 21. § 3. l. 28. D. h. t. 3, 5. — [6] l. 5. l. 19. § 2. l. 36. D. h. t. 3, 5.

thümlich für sein eigenes ansieht (z. B. der redliche Besitzer einer Sache, welcher Verwendungen macht)[7].

II. Verpflichtungen. Die negotiorum gestio, nach Gaius und Justinian eine obl. quasi ex contractu[8], erzeugt stets eine Verpflichtung des Geschäftsführers, möglicherweise auch eine andere des Geschäftsherrn:

1. Verpflichtung des Geschäftsführers. Er muß die einmal begonnenen Geschäfte vollenden, und darf nichts, was damit im Zusammenhang steht, bei Seite lassen (also eingenommenes Geld nicht zinslos liegen lassen)[9]. Er muß dem Geschäftsherrn Rechnung legen und ihm Alles, was er auf Grund der Geschäftsführung in Händen hat, ausliefern resp. alle Ansprüche, welche er in Folge der Geschäftsführung an dritte Personen erworben hat, cediren[10]. Er steht in der Regel für Custodia im engeren Sinne ein[11] (nicht bloß für culpa levis, wie die gemeine Meinung behauptet, § 237), ausnahmsweise bald für grobes Versehen bald für Zufall: jenes wenn ohne seine Dazwischenkunft Alles für den Geschäftsherrn verloren gewesen wäre[12], dieses wenn er ein neues Geschäft gegen die Gewohnheit des Geschäftsherrn unternommen hat[13]. — Die Klage, welche dem Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer behufs gerichtlicher Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten zusteht, heißt actio negotiorum gestorum directa.

2. Verpflichtung des Geschäftsherrn. Er muß dem Geschäftsführer alle angemessenen Verwendungen ersetzen, namentlich Geldauslagen mit Zinsen zurückerstatten und übernommene Verbindlichkeiten abnehmen[14]. Diese Verpflichtung entsteht jedoch nur unter drei Voraussetzungen, nämlich:

a. wenn der Geschäftsführer in der Absicht handelte, den Geschäftsherrn zu verpflichten[15]. War diese Absicht vorhanden, so schadet es dem Geschäftsführer nicht, wenn er in der Person des Geschäftsherrn irrte[16]. Handelte er aber mit der Absicht zu schenken, so hat er keinen Ersatzanspruch[17]. Besorgte er wissentlich, aber um eigenen Vortheils halber fremde Geschäfte (z. B. der Commodatar verbessert die Sache), so erwirbt er einen Ersatzanspruch bloß soweit, als der Geschäftsherr bereichert ist[18]. Besorgte er unwissentlich fremde Geschäfte (in dieser Lage befindet sich z. B. jeder redliche Besitzer), so ist zwar das Recht des Geschäftsführers auf Ersatz aller gerechtfertigten Auslagen in den Quellen im Allgemeinen anerkannt; allein insofern scheint eine Antinomie zu bestehen, als in einigen Quellenzeugnissen[19] dem Geschäftsführer bloß eine Einrede, in einigen[20] auch eine

---

[7] l. 49. D. h. t. 3, 5. — [8] l. 5. pr. D. de o. et a. 44, 7; pr. § 1. I. de obl. quae quasi ex contr. 3, 27. — [9] l. 6. § 12. l. 35. pr. § 3. l. 31. § 2. l. 38. D. h. t. 3, 5. — [10] l. 2. l. 8. § 1. l. 23. D. h. t. 3, 5. — [11] § 1. I. de obl. quae qu. ex c. 3, 27; Paul. sent. rec. l. 4. § 1. — [12] l. 3. § 9. D. h. t. 3, 5. — [13] l. 11. D. h. t. 3, 5. — [14] l. 10. pr. l. 19. § 4. D. h. t. 3, 5. — [15] l. 14. l. 29. pr. D. comm. div. 10, 3; l. 11. l. 13. C. h. t. 2, 19. — [16] l. 5. § 1. l. 6. §§ 8. 10. l. 31. § 1. l. 45. § 2. D. h. t. 3, 5; l. 14. § 1. D. comm. div. 10, 3. — [17] l. 4. D. h. t. 3, 5; l. 12. C. h. t. 2, 19; vgl. auch l. 27. § 1. l. 34. § 1. l. 44. D. h. t. 3, 5; l. 11. l. 13. l. 15. C. h. t. 2, 19. — [18] l. 6. § 3. D. h. t. 3, 5. — [19] l. 14. § 1. l. 29. pr. D. comm. d. 10, 3; l. 33. i. f. D. de cond. i. 12, 6; l. 14. D. de d. m. e. 44, 4. — [20] l. 49. D. h. t. 3, 5; l. 50. § 1. D. de h. p. 5, 3; l. 14. § 11. l. 32. pr. D. de rel. 11, 7.

Klage (act. neg. gest. contraria) gewährt wird; nach richtiger Interpretation beziehen sich die Zeugnisse letzterer Art auf den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer, welcher durch die Geschäftsführung den wahren Erben von einer Verbindlichkeit befreite, indem er z. B. das vom Erblasser befohlene Grabmal errichtete, das Begräbniß besorgte; abgesehen von diesem besonders begünstigten Falle (§ 432) findet also nur eine Einrede statt;

b. wenn der Geschäftsführer nicht gegen das Verbot des Geschäftsherrn handelte; es war dies unter den classischen Juristen bestritten, ist aber durch ein Gesetz Justinians verordnet worden[21];

c. wenn der Geschäftsführer im dringenden Interesse des Geschäftsherrn handelte, d. h. wenn er, um drohenden Schaden von ihm abzuwenden, ein sog. nothwendiges Geschäft ausführte[22]; unter dieser Voraussetzung bleibt die Verpflichtung des Geschäftsherrn selbst dann bestehen, wenn die Geschäftsführung kein glückliches Resultat geliefert hat[23] (man drückt dies gewöhnlich so aus: die Geschäfte brauchen nicht utiliter gesta zu sein, es genügt, wenn sie utiliter coepta sind). Beabsichtigte hingegen der Geschäftsführer durch ein sog. nützliches Geschäft eine Vergrößerung des Vermögens des Geschäftsherrn herbeizuführen, so reicht auch sein Anspruch nur bis zu jener Vergrößerung[24]; d. h. hier ist negotium utiliter gestum erforderlich. Bei bloßen impensae voluptuariae hat der Geschäftsführer nur das ius tollendi[25]. Viele Schriftsteller leugnen den Unterschied der nothwendigen und nützlichen Geschäfte und wollen statt dessen auf den vermuthlichen Willen des Geschäftsherrn gesehen wissen.

Die Klage, welche der Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn behufs gerichtlicher Geltendmachung der Verbindlichkeiten des letzteren hat, heißt actio negotiorum gestorum contraria.

Es ist bestritten, welchen Einfluß das Verhältniß zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer durch die Genehmigung der Geschäftsführung Seitens des ersteren erfährt; anscheinend sollen nach einem Quellenzeugnisse[26] auch dann noch die Grundsätze der freiwilligen Geschäftsführung, nach einem anderen[27] aber die Grundsätze des Mandats angewendet werden; nach richtiger Meinung haftet bloß der Geschäftsherr nach den Grundsätzen des Mandats, da seine Genehmigung als einseitiger Act auch nur für ihn von Wirkung sein kann.

§ 310. Abarten der freiwilligen Geschäftsführung (Actio funeraria. Act. in factum für und gegen den missus in possessionem).

In zwei Fällen der freiwilligen Geschäftsführung gelten für die Ansprüche des Geschäftsführers besondere Grundsätze:

1. Wenn Jemand einen Todten beerdigt[1] an Stelle Dessen, dem dies obliegt, so kann er von diesem den Ersatz der angemessenen Verwen-

[21] l. 8. § 3. D. h. t. 3, 5; l. 40. D. mand. 17, 1, l. 24. C. h. t. 2, 19. — [22] l. 1. l. 6. § 6. l. 22. D. h. t. 3, 5; l. 3. § 8. l. 5. pr. § 2. D. de in rem. v. 15, 3; l. 5. pr. D. de o. et a. 44, 7. — [23] l. 10. § 1. l. 12. § 2. l. 22. l. 31. pr. l. 32. pr. l. 37. § 1. D. h. t. 3, 5; l. 22. C. h. t. 2, 19. — [24] l. 11. l. 43. D. h. t. 3, 5; l. 5. pr. D. de in rem verso 15, 3. — [25] l. 3. § 4. D. de i. r. v. 15, 3; l. 27. pr. D. h. t. 3, 5. — [26] l. 9. D. h. t. 3, 5. — [27] l. 60. D. de r. j. 50, 17.

[1] t. D. 11, 7: de religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat. t. C. 3, 44: de religiosis et sumtibus funerum.

dungen fordern, wenngleich er gegen dessen Verbot handelte, vorausgesetzt nur, daß er gute Gründe zur Nichtbeachtung des Verbots hatte [2]. Besorgte der gutgläubige Erbschaftsbesitzer die Beerdigung, so schadet es ihm nichts, daß er seine eigene Obliegenheit zu erfüllen glaubte [3]. Die Forderung des Beerdigenden genoß bisher im Concurse ein Privilegium (§ 234 Note 9. 14), dasselbe ist jedoch nicht in die Reichsconcursordnung übergegangen. Die Klage, mit welcher die Forderung geltend gemacht wird, heißt act. funeraria. — Uebrigens sind zur Beerdigung verpflichtet: a) Derjenige, dem etwas unter dieser Bestimmung hinterlassen ist [4]; b) der Erbe [5], neben ihm bei dem Tode einer Ehefrau Derjenige, welchem die Dos zufällt [6]; c) der Hausvater des Verstorbenen [7]; d) der Ehemann [8].

2. Wenn ein Gläubiger zufolge missio in bona debitoris (§ 76 unter 3) bei der Verwaltung der Güter seines Schuldners eine Verwendung macht, so kann er sie vom Curator resp. vom Schuldner einfordern, trotzdem er sie im eigenen Interesse machte. Andererseits haftet er bloß für grobes, bei Gelegenheit der Verwaltung begangenes Versehen. Die Klagen zwischen den betheiligten Personen sind actiones in factum [9] (§ 84), führen also keinen besonderen Namen.

Fünftes Capitel.

Obligationen aus unerlaubten Handlungen.

Erster Titel.

Das Furtum.

t. D. XLVII, 2: de furtis. — t. C. VI, 2: de furtis et servo corrupto. — t. I. IV, 1: de obligationibus quae ex delicto nascuntur. — Dollmann, die Entwendung nach den Quellen des Gemeinen Rechtes. 1834. — Vangerow, § 679.

A. § 311. Die allgemeinen Grundsätze.

I. Begriff und Voraussetzungen. Die Legaldefinition des Furtum lautet [1]: furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Hierin fehlt das Moment der Beweglichkeit der Sache; dies hinzugenommen muß man erklären: Ein Furtum (Entwendung, Dieberei) begeht nach Römischem Recht Der, welcher dadurch, daß er sich an einer beweglichen Sache vergreift, absichtlich einen Anderen beschädigt und sich einen Gewinn verschafft. Danach gehört zum Furtum:

---

[2] l. 14. § 13. D. h. t. 11, 7. — [3] l. 14. § 11. l. 32. pr. D. h. t. 11, 7. — [4] l. 12. § 4. D. h. t. 11, 7. — [5] l. 12. § 4. l. 14. § 1. D. h. t. 11, 7. — [6] ll. 16—20. 22—27. l. 29. l. 30. D. h. t. 11, 7. — [7] l. 21. l. 28. D. h. t. 11, 7. — [8] l. 28. D. h. t. 11, 7. — [9] l. 9. l. 14. § 1. D. de reb. auct. j. 42, 5; l. 15. § 14. D. de damn. inf. 39, 2.

[1] l. 1. § 3. D. h. t. 47, 2; cf. § 1. I. h. t. 4, 1.

1. Eine bewegliche Sache (wozu selbst freie Menschen in postestate, manu, mancipio gerechnet wurden); an unbeweglichen Sachen wird kein Furtum begangen[2]. Die bewegliche Sache kann sowohl eine fremde als eine eigene des Entwenders sein, und die Legaldefinition unterscheidet danach:

a. Furtum ipsius rei; es ist dann vorhanden, wenn der Entwender eine fremde Sache sich vollständig aneignen will. Hieher gehört der Diebstahl im Sinn des Reichsstrafgesetzbuchs § 242 (d. h. die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache aus fremder Gewahrsam in der Absicht rechtswidriger Zueignung), die Unterschlagung[3], der sog. Funddiebstahl[4], die böswillige widerrechtliche Veräußerung einer fremden Sache[5], die widerrechtliche Annahme von Sachen, welche der Eigenthümer durch eine Personenverwechselung einem Anderen übergibt, als welchem er sie übergeben will[6] (§ 281 N. 19), die Veräußerung einer speciell verpfändeten Sache durch den Verpfänder[7] (§ 185 unter 4).

b. Furtum usus; es ist dann vorhanden, wenn der Entwender sich bloß den Gebrauch einer fremden Sache anmaßt; so wenn der Pfandgläubiger oder der Depositar die Sache gebraucht, wenn der Commodatar den Gebrauch der Sache über die ihm vorgeschriebenen Grenzen ausdehnt[8]. Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 sieht hierin kein criminelles Vergehen außer bei dem öffentlichen Pfandleiher, welchen es wegen strafbaren Eigennutzes bestraft[9].

c. Furtum possessionis; als solches erklärt Theophilus[10] die Unterschlagung im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs § 246, d. h. die rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache Seitens Desjenigen, der sie bereits in Besitz oder Gewahrsam hat. Die meisten neueren Juristen verstehen unter dem furt. possessionis den Fall, daß der Pfandschuldner dem Pfandgläubiger[11], der Proprietar dem Usufructuar[12], der Eigenthümer dem Besitzer oder Inhaber, welche (z. B. wegen Impensen) Retentionsrechte haben[13], die Sache wegnimmt. Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 sieht hierin keinen Diebstahl, sondern einen strafbaren Eigennutz[14].

2. Das Sichvergreifen an einer Sache (contrectatio rei)[15]. Dasselbe ist so verschieden als die Fälle der Entwendung selbst; es besteht bald in der Besitzergreifung (so namentlich beim Diebstahl im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs, daher ist bezüglich der Vollendung des Diebstahls nach dem Reichsstrafgesetzbuch die sog. Apprehensionstheorie die allein

[2] l. 38. i. f. D. de us. 41, 3; l. 25. pr. D. h. t. 47, 2. — [3] l. 1. § 2. l. 33. l. 43. § 1. l. 46. § 6. l. 52. §§ 7. 16. l. 67. pr. l. 71. pr. l. 73. D. h. t. 47, 2. — [4] l. 43. §§ 4—11. D. h. t. 47, 2; l. 9. § 8. l. 31. § 1. l. 44. D. de a. r. d. 44, 1; § 48. I. de rer. div. 2, 1. — [5] l. 16. C. h. t. 6, 2; § 3. I. de us. 2, 6. — [6] l. 66. § 4. D. h. t. 47, 2. — [7] l. 19. § 6. l. 66. pr. D. h. t. 47, 2. — [8] § 6. I. h. t. 4, 1; l. 40. l. 48. § 4. l. 59. pr. § 1. l. 76. pr. l. 82. pr. D. h. t. 47, 2; l. 5. § 8. D. comm. 13, 6; l. 16. D. de cond. furt. 17, 1. — [9] Deutsches Str.G.B. § 290. — [10] Paraphr. ad § 1. I. h. t. 4, 1. — [11] §§ 10. 14. I. h. t. 4, 1; l. 16. D. de pign. act. 13, 7; l. 19. § 5. l. 20. pr. D. h. t. 47, 2. — [12] l. 15. § 1. l. 20. § 1. D. h. t. 47, 2. — [13] l. 15. § 2. l. 59. D. h. t. 47, 2. — [14] Deutsches Str.G.B. § 289. — [15] l. 52. § 19. D. h. t. 47, 2.

richtige), bald in der Besitzübertragung (so in den Fällen der Note 5. 7), bald im Gebrauch (im Fall der Note 8) u. s. w.

3. Die absichtliche Beschädigung eines Anderen (contrectatio fraudulosa). Derjenige beschädigt keinen Anderen und begeht kein Furtum, welcher eine herrenlose Sache sich aneignet, welche er irrthümlich für eine fremde hält[16]; ferner Derjenige, welcher eine Sache gekauft und bezahlt hat und sie dem Verkäufer wegnimmt[17] (er begeht eine Selbsthilfe). Derjenige hat nicht die Absicht zu beschädigen und begeht kein Furtum, welcher eine Sache sich aneignet, zu deren Aneignung er sich vom Eigenthümer ermächtigt glaubt[18].

4. Die gewinnsüchtige Absicht des Entwenders (animus lucri faciendi, affectus furandi). Dieselbe fehlt, wenn der Entwender Jemanden bloß kränken oder beschädigen wollte (z. B. es nimmt Jemand eine Sache weg, um sie sofort ins Meer zu werfen)[19]; sie ist hingegen vorhanden, auch wenn der Entwender keine Vermögensvergrößerung, sondern einen Vortheil anderer Art bezweckt (z. B. es stiehlt Jemand eine Sache, um sie sofort zu verschenken: der sog. Crispinianismus, nam species lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere)[20]; anders wenn Jemand ein Mädchen aus sinnlicher Begierde entführt: causa faciendi libido fuit, non furtum[21].

II. Verpflichtungen. (Der Klarheit der Darstellung wegen soll im Nachstehenden bloß von dem Hauptfall des Furtum, dem Diebstahl im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs, die Rede sein.)

Aus dem Furtum entspringen nach Römischem Recht zwei Ansprüche: der eine auf Erstattung des Schadens, der andere auf Privatstrafe; nach heutigem Recht ist die Privatstrafe weggefallen.

1. Ob der Anspruch auf Schadensersatz[22] zur Delictsobligation gestaltet ist oder nicht, ist bestritten; die letztere Meinung ist die richtige, denn:

a. Der Anspruch steht nur dem Eigenthümer[23], dem dinglich Berechtigten[24] und dem gutgläubigen Besitzer[25], d. h. nur solchen Personen zu, welche auch ohne Annahme einer Delictsobligation gegen Verletzungen geschützt werden.

b. Es haftet nur der Thäter, nicht auch der Gehilfe[26]; denn nicht die Begehung des Delicts, sondern der Besitz der gestohlenen Sache ist das Entscheidende, und diesen hat nur der Thäter ergriffen. Uebrigens haftet der Thäter, gleichviel ob er gegenwärtig noch besitzt oder nicht[27]; denn er trägt selbst den Zufall bis zu dem Augenblick, wo er die Sache dem Bestohlenen anbietet (§ 240 Note 29).

---

[16] l. 43. D. §§ 5. 11. D. h. t. 47, 2; s. auch l. 46. § 8. eod. — [17] l. 14. § 1. D. h. t. 47, 2. — [18] l. 46. § 7. D. h. t. 47, 2. — [19] l. 14. § 2. D. de pr. v. 19, 5. — [20] l. 54. § 1. D. h. t. 47, 2. — [21] l. 39. D. h. t. 47, 2. — [22] t. D. 13, 1; t. C. 4, 8: de condictione furtiva. — [23] l. 10. § 2.—l. 12. § 1. D. h. t. 13, 1. — [24] l. 12. § 2. D. h. t. 13, 1; l. 22. pr. D. de pign. a. 13, 7. — [25] l. 2. D. de cond. trit. 13, 3; l. 25. § 1. D. de furt. 47, 2. — [26] l. 5. l. 6. D. h. t. 13, 1; in l. 53. § 2. D. de v. s. 50, 16 gehen die Worte cuius ope furtum factum est auf einen Mitthäter. — [27] l. 8. l. 16. l. 17. l. 20. D. h. t. 13, 1; l. 2. C. h. t. 4, 8.

c. Es haften die Erben des Thäters nicht bloß auf die Bereicherung (wie bei Delictsobligationen), sondern aufs Ganze[28].

d. Wegen Diebstahls einer gewaltunterworfenen Person haftet der Gewalthaber auf den Schadensersatz mit der act. de peculio[29], mit welcher Klage niemals Delictsansprüche verfolgt werden können[30] (§ 221 Note 23). Andererseits kann gegen einen diebischen Sklaven auch nach seiner Freilassung der Anspruch auf Schadensersatz nicht geltend gemacht werden[31], was doch bei Delictsansprüchen wohl zulässig ist[32].

Der Anspruch geht auf Rückgabe der Sache und auf Leistung des Interesse[33]; dabei ist die Regel von Wichtigkeit, daß der Dieb sofort als säumig gilt (§ 240 Note 9). Auslagen kann der Dieb nicht erstattet verlangen[34]. Die Klage, mit welcher der Anspruch gerichtlich geltend gemacht wird, war nach altem Recht je nach dem Recht des Klägers eine verschiedene, jedenfalls war es eine dingliche Klage (rei vindicatio, publiciana u. s. w.); bei Anstellung einer persönlichen Klage (mit der Intentio rem oder ius actori dari oportere) wurde genau genommen etwas Unmögliches verlangt, da Demjenigen, der das Eigenthum u. s. w. schon hat, dasselbe nicht nochmals übertragen werden kann; trotzdem ließ man die Anstellung einer persönlichen Klage in der Form der condictio zu, indem man den zu Grunde liegenden Irrthum verzieh (vgl. einen analogen Fall in § 120 unter 1. b), wie es in den Quellen heißt: odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur[35]. Die persönliche Klage, zwischen welcher und der dinglichen Klage eine elective Concurrenz stattfand[36], nannte Justinian und seit ihm die Rechtswissenschaft unpassender Weise condictio furtiva[37]. Ein wichtiger Unterschied zwischen der dinglichen und der persönlichen Klage bestand darin, daß mehrere Diebe mit der rei vindicatio nur nach Verhältniß ihres Besitzes, mit der condictio solidarisch hafteten[38].

2. Die Strafforderung[39] steht nach der herrschenden Meinung Jedem zu, dessen Interesse durch den Diebstahl verletzt ist; und dies scheint durch den Quellenausspruch bestätigt zu werden: cuius interfuit non surripi, is actionem furti habet[40]. Indeß wird dieser Ausspruch anderweitig als ungenau bezeichnet[41], und man muß vielmehr behaupten: die Strafforderung steht dem bestohlenen Eigenthümer, dinglich Berechtigten, redlichen Besitzer und Inhaber[42] zu, vorausgesetzt, daß ihr Interesse durch den Diebstahl verletzt wird. Daher steht sie nicht zu

a. dem Käufer vor der Uebergabe der Sache, selbst wenn er den

[28] l. 5. l. 7. § 2. l. 9. D. h. t. 47, 2; § 5. I. de obl. quae ex del. 4, 1. — [29] l. 4. l. 19. D. h. t. 13, 1; l. 3. § 12. D. de pec. 15, 1; l. 30. pr. D. de a. e. v. 19, 1. — [30] l. 49. D. de o. et a. 44, 7. — [31] l. 15. D. h. t. 13, 1. — [32] l. 1. § 18. D. dep. 16, 3. — [33] l. 3. l. 8. § 2. l. 10. pr. D. h. t. 13, 1; l. 12. § 2. eod. — [34] l. 13. D. h. t. 13, 1. — [35] § 14. I. de act. 4, 6; Gai. 4, 4. — [36] l. 7. § 1. D. h. t. 13, 1; § 14. I. de act. 4, 6; § 19. I. h. t. 4, 1. — [37] Der Ausdruck findet sich auch in l. 3. § 2. D. rer. am. 25, 2: in l. 21. § 5. eod. ist die Lesart unsicher. — [38] l. 1. C. h. t. 4, 8. — [39] t. D. 47, 2; de furtis; t. C. 6, 2: de furtis et servo corrupto. — [40] l. 10. D. h. t. 47, 2. — [41] l. 14. § 10. l. 85. D. h. t. 47, 2. — [42] l. 80. l. 15. pr. § 1. l. 46. §§ 1. 3. 4. l. 12. § 1. l. 20. § 1. l. 52. § 10. l. 53. § 4. l. 59. l. 14. § 2. l. 26. § 1. D. h. t. 47, 2.

Kaufpreis bezahlt hat[43]; ebensowenig Demjenigen, dem die Sache aus einer Stipulation geschuldet wird[44], auch nicht dem Bürgen eines Schuldners[45] — denn ihnen allen fehlt es am Eigenthum u. s. w.;

b. dem Depositar[46], denn er erleidet durch den Diebstahl keine Vermögensverletzung, weil er für denselben nicht aufkommt; nur wenn der Diebstahl in Folge seines Dolus erfolgte, kommt er für ihn auf, hat aber wegen seines eigenen Vergehens keine Strafforderung an den Dieb.

Es haften alle Thäter und physischen Gehilfen, ebenso die Anstifter[47], nicht aber ihre Erben[48]. Die Forderung wird gerichtlich mit der actio furti geltend gemacht und sie geht nach den meisten Quellenzeugnissen auf Ersatz des vierfachen oder doppelten Interesses, je nachdem der Dieb ertappt worden ist (f. manifestum) oder nicht (f. nec manifestum)[49]; doch wird in einer Stelle[50], die bisher noch nicht genügend erklärt worden ist, der vierfache resp. doppelte Sachwerth als Strafe angegeben.

B. § 312. Abarten des Furtum.

Breitenbach, das Verbrechen des Raubes nach Römischem Recht. 1839. — Vangerow, § 680.

I. Raub (rapina, bona vi rapta)[1], d. h. nach Römischem Recht der gewaltsame Diebstahl ward im alten Römischen Recht durchaus als furtum nec manifestum behandelt[2]; später ward im prätorischen Edict eine besondere Klage (actio vi bonorum raptorum) auf den vierfachen Sachwerth gegen den Räuber aufgestellt[3]; es war streitig, ob die Klage eine rein pönale oder gemischte sei[4]; später drang die letztere Ansicht durch[5]; nach einem Jahr ging die Klage auf das Einfache[6]. Die Klage, insofern sie auf die Privatstrafe geht, ist heut weggefallen.

II. Crimen expilatae hereditatis[7]. In Folge der alten usucapio pro herede (§ 143 Note 8) lag in der Wegnahme von Erbschaftssachen vor angetretener Erbschaft und selbst später, so lange der Erbe sie nicht in Besitz genommen hatte, kein Diebstahl. Als jene später abgeschafft wurde, so blieb die Regel: rei hereditariae furtum non fit[8] bestehen, aber es wurde der Wegnehmende wegen crimen expilatae hereditatis zur Criminalstrafe und zum Schadensersatz verurtheilt. Heutzutage treten die Diebstahlsgrundsätze ein.

III. Besondere Bestimmungen sind getroffen gegen Diebstahl und Raub bei Gelegenheit eines Brandes, Hauseinsturzes, Schiffbruchs, sowie

---

[43] l. 14. pr. l. 80. pr. D. h. t. 47, 2. — [44] l. 35. § 4. D. de c. e. 18, 1; l. 14. pr. i. f. l. 13. l. 66. § 5. D. h. t. 47, 2. — [45] l. 14. § 1. D. h. t. 47, 2. — [46] l. 14. § 3. D. h. t. 47, 2. — [47] l. 50. §§ 1—4. l. 52. § 19. D. h. t. 47, 2. — [48] l. 1. pr. D. de priv. del. 47, 1. — [49] l. 27. l. 32. pr. l. 46. § 1. l. 67. § 1. l. 74. l. 87. D. h. t. 47, 2. — [50] l. 50. pr. D. h. t. 47, 2.

[1] t. D. 47, 8: vi bonorum raptorum et de turba; t. C. 9, 33: vi bonorum raptorum; t. I. 4, 2: de bonis vi raptis. — [2] l. 1. l. 2. § 26. D. h. t. 47, 8; cf. l. 88. D. de furt. 47, 2; Papinian in l. 80. § 3. D. de furt. 47, 2 ist für furtum manifestum. — [3] l. 2. § 13. D. h. t. 47, 8. — [4] Gai. 4, 8. — [5] pr. I. h. t. 4, 2; l. 1. C. h. t. 9, 33. — [6] pr. I. h. t. 4, 2; ll. 2—5. C. h. t. 9, 33. — [7] t. D. 47, 19: expilatae heriditatis; t. C. 9, 32: de crimine expilatae hereditatis. — [8] l. 2. § 1. l. 6. D. h. t. 47, 19; l. 14. § 14. D. de furt. 47, 2; l. 1. § 15. D. si is qui test. 47, 4.

bei Ueberfall eines Schiffes oder Gebäudes [9]; ferner gegen den Diebstahl und Raub durch die Publicanen und ihre Untergebenen [10], ferner gegen den Diebstahl durch Schiffer, Gast- und Stallwirthe und ihre Untergebenen [11]; über den Diebstahl unter Ehegatten s. § 348.

Zweiter Titel.

Sachbeschädigung (damnum iniuria datum).

A. § 313. Das Gebiet der lex Aquilia.

t. D. IX, 2: ad legem Aquiliam. — t. C. III, 35; t. I. IV, 3: de lege Aquilia. — A. Pernice, zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach Römischem Recht. 1867. — Wächter, die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen. 1874. — Dochow, die Buße im Strafrecht und Strafproceß. 1875. — Vangerow, § 681.

I. Inhalt der lex Aquilia. Das Aquilische Gesetz, ein Plebiscit nach Theophilus aus dem Jahre 467 der Stadt, verordnete unter Aufhebung früherer gesetzlicher Bestimmungen Folgendes:

1. Nach dem ersten Capitel muß Derjenige, welcher einen fremden Sklaven oder ein vierfüßiges Heerdenthier schuldvoller und widerrechtlicher Weise tödtet, dem Eigenthümer den Schaden nach dem höchsten Werth des Getödteten im letzten Jahr ersetzen [1].

2. Nach dem zweiten Capitel muß der Adstipulator, welcher ungetreuer Weise den Schuldner seiner Schuld entläßt, den Erben des Stipulator den Schaden ersetzen. Diese Bestimmung ist indeß, wie überhaupt das Institut der Adstipulatoren, in das Justinianische Recht nicht übergegangen [2].

3. Nach dem dritten Capitel muß Derjenige, welcher einen Schaden in anderer Weise als im ersten Capitel beschrieben durch Brennen, Brechen, Verderben schuldvoller und widerrechtlicher Weise zufügt, ihn dem Eigenthümer der Sache nach dem höchsten [3] Werth in den letzten dreißig Tagen ersetzen [4].

Ueberall wird der mit der actio legis Aquiliae belangte und vor Gericht leugnende Beklagte ins Doppelte verurtheilt [5]; diese Bestimmung, sowie die eigenthümliche Schätzung der vernichteten oder beschädigten Sache (höchster Werth im letzten Jahr oder Monat) macht die act. legis Aquiliae zu einer gemischten Klage (§ 81) [6], und daher haften mehrere Delinquenten Jeder selbständig aufs Ganze [7]. Als schuldvoll gilt die Beschädigung nicht bloß dann, wenn sie absichtlich geschah, vielmehr reicht jedes Versehen hin, gleichviel ob groß oder gering: in lege Aquilia et levissima culpa venit [8]. Widerrechtlich ist die Beschädigung dann nicht, wenn der Beschädiger in Nothwehr, im Nothstand, auf Grund eines obrigkeitlichen Amtes handelte [9].

---

[9] t. D. 47, 9: de incendio, ruina, naufragio, nave rate expugnata. — [10] l. 1. pr.—§ 5. l. 4. pr. l. 5. l. 6. l. 13. D. de publ. 39, 4. — [11] t. D. 47, 5: furti adversus nautas caupones stabularios.

[1] l. 2. pr. D. h. t. 9, 2. — [2] Gai. 3, 215; l. 27. § 4. D. h. t. 9, 2; § 12. I. h. t. 4, 3. — [3] Gai. 3, 218; § 15. I. h. t. 4, 3; l. 29. § 8. D. h. t. 9, 2. — [4] l. 27. § 5. D. h. t. 9, 2. — [5] l. 2. § 1. D. h. t. 9, 2. — [6] § 9. I. h. t. 4, 3; l. 23. § 8. D. h. t. 9, 2. — [7] l. 11. § 2. D. h. t. 9, 2. — [8] l. 44. pr. l. 5. § 1. l. 31. D. h. t. 9, 2. — [9] l. 4. l. 5. pr. l. 29. §§ 3. 7. l. 45. § 4. l. 49. § 1. l. 52. § 1. D. h. t. 9, 2.

II. Fortbildung der Aquilischen Bestimmungen im späteren Recht. Die erste Entwicklung der Theorie des gegen das Aquilische Gesetz gerichteten Delicts (damnum iniuria datum, damnum iniuriae) fiel in die Periode der überaus ängstlichen wortgetreuen Interpretation; später jedoch wurde der dem Gesetz zu Grunde liegende Gedanke in freierer Weise durch eine analoge Klage verwirklicht, welche in den Pandekten promiscue bald actio in factum, bald actio utilis legis Aquiliae heißt[10], während sie in den Institutionen in einigen Fällen (bei damnum corpori nec corpore datum, s. unten bei 1) actio utilis legis Aquiliae, bei anderen (bei damnum nec corpore nec corpori datum, s. unten bei 2) actio in factum genannt wird[11]; welche Angabe die richtige ist, und ob etwa zwischen beiden Klagen mehr als ein Namensunterschied bestand, läßt sich nicht ermitteln. Es sind aber die späteren Erweiterungen folgende:

1. Nach den Worten der Lex Aquilia ist das Delict nur dann vorhanden, wenn eine körperliche Einwirkung auf eine Sache unmittelbar den Schaden herbeiführt (damnum corpore datum); nach späterem Recht genügt es, wenn der Schaden erst eine mittelbare Wirkung der körperlichen Einwirkung auf die Sache ist, z. B. wenn Jemand einen Sklaven oder ein Thier durch Einsperren dem Tode durch Verhungern preisgibt[12], wenn Jemand einem wahnsinnigen Sklaven ein Schwert gibt und dieser sich tödtet[13], wenn Jemand ein Thier reizt und dieses Schaden anstiftet[14], wenn Jemand das Seil, woran ein Schiff befestigt ist, durchschneidet und dieses hiedurch Schaden nimmt[15]. Keineswegs aber macht eine bloße Unterlassung haftbar, außer wenn sie ein Thun begleitet (z. B. Jemand steckt bei dem Abhauen von Baumästen oder bei dem Decken eines Dachs nicht die üblichen Warnungszeichen auf)[16] oder wenn sie einem Thun nachfolgt (z. B. der Operateur eines Sklaven oder Thieres versäumt die Nachkur und jene sterben)[17], denn die möglicherweise eintretenden nachtheiligen Folgen einer an sich erlaubten Handlung muß der Handelnde abwenden.

2. Nach den Worten des Aquilischen Gesetzes ist das Delict nur dann vorhanden, wenn der Schaden in einer Verletzung der Sache selbst besteht (damnum corpori datum), nach dem späteren Recht auch dann, wenn Jemand einen Anderen um eine Sache bringt, z. B. Jemand schlägt einem Anderen fremdes Geld aus der Hand, so daß es verloren geht, Jemand wirft eine fremde Sache ins Meer oder an einen unwegsamen Ort, Jemand schreckt ohne Dolus fremdes Vieh, so daß es Dieben in die Hände fällt, Jemand verhilft einem fremden Sklaven oder Thier zur Flucht[18].

---

[10] l. 9. § 3. l. 27. § 34. l. 53. D. h. t. 9, 2; l. 51. D. de furt. 47, 2. — [11] § 16. I. h. t. 4, 3. — [12] § 16. I. h. t. 9, 2; l. 9. § 2. l. 29. § 7. D. h. t. 9, 2; l. 14. § 1. D. de pr. v. 19, 5; l. 2. § 20. D. vi bon. rapt. 47, 8. — [13] l. 7. § 6. D. h. t. 9, 2. — [14] l. 11. § 5. D. h. t. 9, 2. — [15] l. 29. § 5. D. h. t. 9, 2. — [16] l. 31. D. h. t. 9, 2; § 5. I. h. t. 4, 3. — [17] l. 8. pr. D. h. t. 9, 2; § 6. I. h. t. 4, 3. — [18] § 16. I. h. t. 4, 3; l. 27. § 21. D. h. t. 9, 2; l. 7. § 7. D. de d. m. 4, 2; l. 14. pr. § 2. D. de pr. v. 19, 5; l. 55. D. de a. d. 41, 1; l. 50. § 4. D. de furt. 47, 2.

3. Nach den Worten des Aquilischen Gesetzes entsteht der Anspruch auf Schadensersatz nur dann, wenn es sich um Beschädigung von Sachen handelt; nach dem späteren Recht auch dann, wenn ein freier Mensch an seinem Leibe beschädigt worden ist[19]; ihm müssen alsdann die Curkosten und der entgangene Arbeitslohn ersetzt werden; nach einer an die Carolina[20] sich anlehnenden Praxis hat er auch auf sog. Schmerzensgelder Anspruch, unter Umständen auch auf sog. Narbengelder[21] (z. B. wenn einem Frauenzimmer durch Verunstaltung die Aussicht auf die Ehe entzogen ist). Nach dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 § 231 kann der Strafrichter in allen Fällen der Körperverletzung auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auf eine an denselben zu erlegende Buße bis zum Betrage von zweitausend Thalern erkennen; eine erkannte Buße schließt einen weiteren Entschädigungsanspruch (namentlich also auch die Schmerzens- und Narbengelder) aus. Hienach hat die Buße einen gemischten Charakter: sie ist Privatstrafe und zugleich Schadensersatz. Mehrere Verurtheilte haften solidarisch.

4. Nach den Worten des Aquilischen Gesetzes steht der Anspruch auf Schadensersatz bloß dem Eigenthümer zu; nach dem späteren Recht auch dem redlichen Besitzer[22] und dem dinglich Berechtigten[23]; von obligatorisch Berechtigten wird nur der Pächter erwähnt, wenn die noch auf dem Felde stehenden Früchte beschädigt sind[24]; einige Romanisten wollen dies auf alle obligatorisch Berechtigten ausgedehnt wissen, was direct den Quellen entgegen ist[25].

5. Nach den Worten des Aquilischen Gesetzes besteht der zu ersetzende Schaden in dem Sachwerth des beschädigten Objects; durch Interpretation der Juristen wurde hiezu das sonstige Interesse des Beschädigten hinzugefügt[26], nur nicht dasjenige, welches erst durch die nach der Beschädigung eintretenden Thatsachen vermittelt wird, daher kann Derjenige, dessen ausgeworfenes Netz von Jemandem zerrissen werd, nicht den Ersatz derjenigen Fische verlangen, welche wahrscheinlicherweise gefangen worden wären, wenn die Zerreißung nicht erfolgt wäre[27] (§ 243 Note 21).

III. Heutiges Recht. Wer durch positives Handeln oder durch eine mit positivem Handeln in Verbindung stehende Unterlassung eine Sache unmittelbar oder mittelbar schuldvoller und widerrechtlicher Weise vernichtet, beschädigt, oder wer etwas vollführt, was dem gleich steht, muß dem beschädigten Eigenthümer, redlichen Besitzer, dinglich Berechtigten (in Einem Falle auch dem persönlich Berechtigten) das Interesse ersetzen. Bei der Feststellung des Interesses wird nach der heutigen Praxis die Zeit der Schadenszufügung berücksichtigt; auch ist heut die Strafe des Doppelten gegen den leugnenden Beklagten weggefallen. Erben haften nach der Praxis auf Höhe der Erbschaft (§ 81 Note 12. 13).

---

[19] l. 5. § 3. l. 6. l. 7. pr. l. 13. pr. D. h. t. 9, 2; vgl. l. 3. D. si quadr. 9, 1. — [20] Art. 20. — [21] Anders das Römische Recht: l. 7. pr. D. de his qui effud. 9, 3. — [22] l. 11. § 8. l. 17. pr. D. h. t. 9, 2. — [23] l. 11. § 10. l. 12. l. 17. pr. l. 30. § 1. D. h. t. 9, 2; l. 17. § 3. D. de usufr. 7, 1. — [24] l. 27. § 14. D. h. t. 9, 2. — [25] l. 11. § 9. D. h. t. 9, 2; l. 18. § 5. D. de dol. 4, 3; l. 13. § 12. D. de a. e. v. 19, 1. — [26] l. 21. § 2. l. 22. l. 23. pr. §§ 2. 4. l. 37. § 1. l. 55. D. h. t. 9, 2; § 10. I. h. t. 4, 3. — [27] l. 29. § 3. D. h. t. 9, 2.

B. Haftung Jemandes für Beschädigungen, welche er nicht selbst zugefügt hat.

1) § 314. Haftung für Beschädigungen durch Menschen und durch Thiere.

Zimmern, System der römischen Noxalklagen. 1818. — Wyß, Haftung für fremde Culpa. 1867. — Vangerow, §§ 689. 704—706.

1. Derjenige, welcher Custodia im engeren Sinne prästirt, muß für irgend welche, nicht durch höhere Gewalt erfolgte Beschädigung der Sache aufkommen (§ 237); Schiffer, Gast- und Stallwirthe haften in solchem Falle, wenn die Beschädigungen (von ihnen selbst oder) von ihren Leuten herrühren, nach Römischem Recht aufs Doppelte [1] (nach heutigem Recht aufs Einfache).

2. Wenn durch Hinauswerfen oder Hinausgießen aus einem an gangbarem Orte belegenen Hause oder aus einem Schiffe eine Sache beschädigt wird, so kann der Beschädigte von Demjenigen, der das Zimmer oder das Haus bewohnt oder benutzt, nach Römischem Recht den doppelten, nach heutigem Recht den einfachen Schadensersatz verlangen (mit der prätorischen actio de effusis et eiectis) [2]. Der solchergestalt Haftende kann Regreß an den Thäter nehmen [3].

3. Das Gebiet der actiones noxales [4]. Nach classischem Römischem Recht haftete der Vater für alle Delicte der Hauskinder, der Herr für alle Delicte der Sklaven, der Eigenthümer für gewisse Schadenszufügungen eines Hausthieres [5]; er konnte sich jedoch durch Preisgebung (noxae datio) des Hauskindes, Sklaven, Thieres an den Beschädigten von der Haftung befreien, weshalb die Klage, mit welcher der Schaden gerichtlich geltend gemacht wurde, actio noxalis hieß. Justinian hob die Haftung des Vaters für die Delicte des Hauskindes auf [6] und so ist im heutigen Recht nur die des Eigenthümers eines Hausthieres praktisch [7]. Vorausgesetzt wird, daß das Hausthier (ursprünglich nur ein vierfüßiges, später irgend welches [8], nach dem Berichte Justinians [9], der aber gewiß irrthümlich ist, auch ein wildes Thier) ohne Zuthun eines Menschen [10] einen Schaden (pauperies) gegen die Natur seiner Gattung [11] angerichtet hat; nur in Einem Falle haftet er für naturgemäßen Schaden, nämlich wenn ein Thier fremde Früchte abfrißt [12]. Der Anspruch des Beschädigten besteht in der Forderung des vollen Schadensersatzes, jedoch kann sich der Eigenthümer des Thieres durch dessen Preisgebung befreien [13], außer wenn er sein Eigenthum fälschlich abgeleugnet hat [14]. Der Anspruch steht Demjenigen zu, dessen Interesse durch die Beschädigung verletzt worden ist [15]. Es haftet der jedesmalige Eigenthümer des Thieres, denn noxa sequitur caput [16];

---

[1] t. D. 47, 5: furti adversus nautas caupones stabularios. — [2] t. D. 9, 3: de his qui effuderint vel eiecerint; §§ 1. 2. I. de obl. quae qu. ex del. 4, 5. — [3] l. 5. § 4. D. h. t. 9, 3. — [4] t. D. 9, 4; C. 3, 41; I. 4, 8: de noxalibus actionibus. — [5] l. 1. § 10. D. si quadr. 9, 1. — [6] § 7. I. h. t. 4, 8. — [7] t. D. 9, 1; t. I. 4, 9: si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. — [8] l. 4. D. h. t. 9, 1. — [9] § 1. I. h. t. 4, 9. — [10] l. 1. § 5. D. h. t. 9, 1; l. 8. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2. — [11] l. 1. §§ 4—7. §§ 10. 11. l. 5. D. h. t. 9, 1; pr. I. h. t. 4, 8. — [12] l. 14. § 3. D. de pr. v. 19, 5; Pauli sent. rec. I, 15. § 1; l. 6. C. ad l. Aq. 3, 35. — [13] l. 1. pr. D. h. t. 9, 1; pr. I. h. t. 4, 9. — [14] l. 1. § 15. D. h. t. 9, 1. — [15] l. 2. pr. D. h. t. 9, 1. — [16] l. 1. §§ 12. 13. D. h. t. 9, 1.

erst der Proceßbeginn (die Litiscontestation resp. die Klagezustellung) fixirt die Person des Haftenden so, daß eine später erfolgende Eigenthumsänderung einflußlos bleibt[17]. Mit dem zufälligen Tode des Thieres nimmt der Anspruch sein Ende[18]. Die Klage, mit welcher der Beschädigte seinen Anspruch gegen den Eigenthümer des Thieres gerichtlich geltend macht, heißt in der Regel actio de pauperie; im Falle abgefressener Früchte heißt sie bald actio de pastu, bald actio in factum. — Verschieden hievon ist die Haftung für gefährliche Thiere; wer solche an gangbarem Orte hält, haftet nach besonderer Bestimmung des ädilicischen Rechts ohne die Befugniß der noxae datio[19].

4. Nach dem Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 haftet Derjenige, welcher ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei (Grube) oder eine Fabrik betreibt, für den Schaden, der dadurch entsteht, daß ein Bevollmächtigter oder ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person durch ein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen herbeigeführt hat; der Beschädigte resp. sein Erbe muß die Culpa des Bevollmächtigten u. s. w. nachweisen. — Noch weiter reicht nach demselben Gesetz die Haftung Desjenigen, welcher eine Eisenbahn betreibt; er haftet nämlich für den Schaden, der dadurch entsteht, daß bei dem Betriebe der Bahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird; der Beschädigte resp. dessen Erbe braucht nicht nachzuweisen, daß der Verklagte selbst oder sein Bevollmächtigter u. s. w. durch eine Culpa den Tod resp. die Körperverletzung herbeigeführt hat; die Haftung tritt nicht ein, wenn der Betriebsunternehmer nachweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist. — Die Forderungen auf Schadensersatz aus diesem Gesetze verjähren in der Regel in zwei Jahren vom Tage des Unfalls an.

2) § 315. Haftung für Beschädigungen durch Grundstücke (Cautio damni infecti).

t. D. XXXIX, 2: de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. — Hesse, die cautio damni infecti. 1838. — Derselbe, über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. 1859. — Groß, über die Caution wegen zukünftigen Schadens. 1854. — Vangerow, § 678.

Für den durch ein Grundstück angerichteten Schaden wird zuweilen eingestanden. Was in dieser Beziehung das Civilrecht bestimmte, ist nicht mit Sicherheit zu ermitteln[1]; nach prätorischem Rechte aber kann Derjenige, welcher von der fehlerhaften Beschaffenheit eines Grundstücks einen Schaden für ein anderes Grundstück befürchtet, die cautio damni infecti verlangen, d. h. ein ausdrückliches Versprechen, daß ihm der Schaden eintretenden Falles werde ersetzt werden[2]. Gerechtfertigt ist dieses Verlangen durch folgende Erwägung. An sich haftet

[17] l. 37. l. 38. pr. D. de nox. a. 9, 4. — [18] l. 1. §§ 13. 16. D. h. t. 9, 1.
[19] l. 40. § 1. l. 41. l. 42. D. de aed. ed. 21, 1; § 1. I. h. t. 4, 9.
[1] Cf. Gaius 4, 31; l. 5. D. ne quid in fl. 43, 8. — [2] l. 7. pr. D. h. t. 39, 2.

der Eigenthümer eines Grundstücks nicht für den Schaden, der durch dessen fehlerhafte Beschaffenheit herbeigeführt wird; denn ein solcher tritt nicht durch seine Culpa sondern durch Casus ein: casus a nullo praestantur (§ 238 N. 2). Wenn er jedoch vom Nachbar zur Stellung der cautio damni infecti aufgefordert wird, so wird er zugleich auf die fehlerhafte Beschaffenheit des Grundstücks aufmerksam gemacht; nach den Gewohnheiten eines guten Hausvaters muß er hierauf den Fehler durch Ausbesserung beseitigen (unten N. 9), und der Nachbar ist berechtigt, Sicherstellung für den Schaden zu verlangen, welcher bei nicht erfolgender Ausbesserung eintreten möchte. —

Die fehlerhafte Beschaffenheit eines Grundstücks kann mannichfach sein; die Quellen[3] bezeichnen sie als vitium loci, arborum, aedium, operis, (z. B. eines Wetter- oder Vordachs [suggrundia et protectiones[4]], eines Backofens[5], eines Brunnens[6], einer Düngergrube[7], von Wasserröhren und -rinnen)[8]; jedenfalls muß es eine solche sein, welche durch Menschenhand füglich gebessert werden kann[9]. Das Grundstück mit fehlerhafter Beschaffenheit braucht nicht unmittelbar an das gefährdete Grundstück zu grenzen[10]. — Berechtigt zur Cautionsforderung ist Derjenige, der an der gefährdeten Sache das Eigenthum[11] oder ein dingliches Recht[12] oder (vermöge einer Obligation) die Detention hat[13]; dem redlichen Besitzer wird das Recht auf die Caution ausdrücklich abgesprochen[14], was mit der sonstigen Behandlung desselben sowenig zusammenstimmt, daß viele Romanisten es für unanwendbar halten. — Verpflichtet zur Cautionsleistung ist der Eigenthümer[15], redliche Besitzer[16], der dinglich Berechtigte[17]: erstere beide und der Prädialservitutberechtigte leisten die Caution durch Stipulation (nuda repromissio)[18], heut durch formloses Versprechen, die anderen zugleich mit Bürgenstellung (satisdatio)[19]. — Ueberflüssig und deshalb unzulässig (nach Sabinianischer Ansicht[20], welche durchdrang) ist die Forderung einer Caution dann, wenn der Bedrohte schon auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses den Ersatz etwaigen Schadens verlangen darf; so der Miether gegenüber dem Vermiether[21], der Proprietar in gewissen Fällen gegenüber dem Usufructuar und umgekehrt[22], Miteigenthümer untereinander[23] u. dgl. — Die Caution braucht nur für eine richterlich zu bestimmende Zeit geleistet zu werden[24]. Der Cavent verpflichtet sich zum Ersatz des ganzen Interesses[25] (wozu jedoch Schaden in Folge von außerordentlichem Luxus nicht

---

[3] l. 24. pr. §§ 2. 9. 12. D. h. t 39, 2. — [4] cf. Rubr. D. h. t. — [5] l. 24. § 7. D. h. t. 39, 2; l. 27. § 10. D. ad l. Aq. 9, 2. — [6] l. 24. § 12. D. h. t. 39, 2. — [7] l. 17. § 2. D. si serv. v. 8, 5. — [8] l. 18. l. 29. D. de serv. pr. u. 8, 2. — [9] l. 24. § 8. D. h t. 39, 2. — [10] l. 13. § 2. D. h. t. 39, 2. — [11] l. 5. § 2. l. 20. D. h. t. 39, 2. — [12] l. 5. § 2. l. 11. l. 13. § 8. l. 39. § 2. D. h. t. 39, 2. — [13] l. 13. §§ 4. 5. l. 21. l. 38. pr. D. h. t. 39, 2. — [14] l. 11. l. 13. § 9. D. h. t. 39, 2. — [15] l. 9. §§ 4. 5. l. 10. l. 15. § 27. l. 22. D. h. t. 39, 2. — [16] l. 13. pr. D. h. t. 39, 2. — [17] l. 9. §§ 4. 5. l. 11. l. 15. §§ 25. 26. l. 19. pr. l. 22. D. h. t. 39, 2. — [18] l. 7. pr. l. 13. pr. § 1. l. 30. § 1. D. h. t. 39, 2. — [19] l. 9. §§ 4. 5. l. 10. l. 11. l. 15. § 25. D. h. t. 39, 2. — [20] l. 32. D. h. t. 39, 2. — [21] l. 13. § 6. l. 33. l. 34. D. h. t. 39. 2. — [22] l. 18. § 2. l. 20. D. h. t. 39, 2. — [23] l. 32. l. 39. pr. D. h. t. 39, 2. — [24] l. 4. pr. l. 7. pr. l. 13. § 15. D. h. t. 39, 2. — [25] l. 28. l. 29. l. 37. D. h. t. 39, 2.

gerechnet wird)[26]. Die Klage, mit welcher er belangt werden kann, war nach Römischem Recht die actio ex stipulatu, weil die Caution in Stipulationsform bestellt werden mußte (§ 213).

Wird die Caution binnen einer von der Behörde zu bestimmenden Frist nicht bestellt, so kann der Bedrohte eine erste Einweisung in das gefährdende Grundstück (sog. missio ex primo decreto) verlangen; in Folge deren erhält der Eingewiesene custodia et observatio des Grundstücks[27], d. h. er darf zwar dessen Eigenthümer nicht daraus verdrängen[28], wohl aber den Anlaß des befürchteten Schadens untersuchen und Vorsichtsmaßregeln dagegen treffen[29]; die erste Einweisung wird zurückgenommen, sobald Caution und Ersatz der durch die Vorsichtsmaßregeln erwachsenen Kosten geleistet werden[30]. Wird trotz Ablaufs einer längeren Frist die Caution dennoch nicht geleistet, so wird durch eine zweite Einweisung (sog. missio ex secundo decreto)[31] dem Bedrohten das Recht auf den Besitz des gefährdenden Grundstücks gegeben; in Folge der Besitzergreifung geht das Recht des Gegners (Eigenthum, redlicher Besitz u. s. w.) unter und, sofern es übertragbar ist, auf den Bedrohten über[32]. Und so ist denn das Resultat bei den durch Grundstücke befürchteten Beschädigungen dasselbe wie bei den durch Thiere angerichteten Beschädigungen; in beiden Fällen nämlich muß dem Beschädigten der Schaden ersetzt oder wenigstens das schädigende Grundstück resp. Thier überlassen werden[33]. Widersetzt sich der Gegner der Besitzergreifung, so kann der Eingewiesene entweder dieselbe (mit dem interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est) sofort erzwingen[34] oder nach eingetretenem Schaden denselben (mit einer actio in factum) einfordern[35].

In einigen Fällen findet ein Anspruch statt, trotzdem das Gesuch auf Caution überhaupt nicht oder nicht mit Erfolg gestellt worden ist: a) wenn die Unterlassung des Cautionsgesuchs aus guten Gründen gerechtfertigt war[36] z. B. wenn der Nachbar rei publicae causa abwesend war; b) wenn die Anbringung des Cautionsgesuchs wegen Unzugänglichkeit des Richters nicht möglich war[37]; c) wenn das Cautionsgesuch bereits angebracht war, der Schade aber eintrat, ehe noch ein richterliches Decret hierauf erging[38]. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen kann der Beschädigte, welcher keine cautio damni infecti erhalten hat, nur die etwa durch den Einsturz u. dgl. in seinen Besitz gelangten Sachen retiniren, bis ihm der Schaden ersetzt ist; ebenso bei Beschädigungen durch leblose Mobilien[39].

[26] l. 40. pr. D. h. t. 39, 2. — [27] l. 7. pr. D. h. t. 39, 2; l. 12. D. qu. ex caus. 42, 4; l. 3. § 23. D. de a. p. 41, 2. — [28] l. 15. § 20. D. h. t. 39, 2. — [29] l. 15. § 30. D. h. t. 39, 2. — [30] l. 15. §§ 31. 32. 39. D. h. t. 39, 2. — [31] l. 7. pr. l. 15. § 16. D. h. t. 39, 2. — [32] l. 5. pr. l. 12. l. 15. §§ 16. 17. 25. 26. 27. 33. l. 18. § 15. D. h. t. 39, 2; l. 5. l. 7. § 9. D. comm. div. 10, 3; l. 1. pr. D. de fundo dot. 23, 5. — [33] l. 7. pr. § 1. l. 9. pr. D. h. t. 39, 2. — [34] l. 4. pr. D. ne vis fiat 43, 4. — [35] l. 7. pr. l. 4. § 2. l. 15. § 36. l. 16. l. 17. l. 18. §§ 13—15. D. h. t. 39, 2; l. 4. §§ 2. 3. D. ne vis fiat 43, 4. — [36] l. 7. § 2. l. 8. l. 9. pr. D. h. t. 39, 2. — [37] l. 4. § 3. D. ne vis fiat 43, 4. — [38] l. 15. § 28. D. h. t. 39, 2. — [39] l. 6. l. 7. § 2. l. 9. § 3. l. 44. pr. D. h. t. 39, 2; l. 5. § 4. D. ad exh. 10, 4.

Eine cautio damni infecti kann übrigens noch in anderen Fällen als in dem bisher dargestellten verlangt werden: 1) bei Werken, welche ein Privatmann auf öffentlichem Boden (Wegen, Flüssen, Plätzen) errichtet[40], 2) überall wo Jemand auf einem fremden Grundstück etwas vornehmen darf (z. B. Ausbesserung von Wegen, Abholung von Sachen, die durch Zufall hineingekommen sind), wovon ein Schaden befürchtet wird[41]. Wenn die Cautionsleistung verweigert wird, so ist man befugt, die beabsichtigte Handlung zu verhindern.

C. § 316. Sonstige Bestimmungen über Schadenszufügungen.

Vangerow, §§ 682—688.

Besondere Bestimmungen sind getroffen gegen gewaltsame Beschädigungen[1], gegen Beschädigungen bei Gelegenheit eines Auflaufs[2], einer Feuersbrunst und ähnlicher Nothfälle[3], gegen heimliches Abhauen fremder Bäume (act. arborum furtim caesarum)[4], gegen Verletzung eines Grabmals (actio sepulcri violati)[5], gegen die unbefugte Bestattung eines Leichnams[6], gegen Verführungen von (Sklaven und) Hauskindern[7], gegen Denjenigen, welcher ein Stück von einem fremden Grundstück zu einem öffentlichen Wege zieht (actio viae receptae)[8], gegen Beschädigungen durch Pächter öffentlicher Einkünfte und ihrer Leute[9], gegen gefahrdrohendes Aufstellen und Aufhängen von Sachen (actio de posito vel suspenso)[10].

Dritter Titel.

§ 317. Drohungen.

t. D. IV, 2: quod metus causa gestum erit. — t. C. II, 20: de his quae vi metusve causa gesta sunt. — Vgl. die Literatur zu § 51. — Vangerow, § 692.

Schon früher ist bemerkt, daß das Rechtsgeschäft nichtig ist, welches Jemand durch körperliche Uebermacht (physische Gewalt, sog. vis absoluta) überwältigt eingeht (§ 50 unter III.); ferner daß, wer durch Drohungen (psychische Gewalt, sog. vis compulsiva) zur Eingehung irgend eines Rechtsgeschäftes veranlaßt wird (zwar nicht nach Civilrecht, wohl aber nach prätorischem Recht), einen Anspruch erwirbt, vorausgesetzt daß er durch die Drohungen in gerechte Furcht (iustus timor, metus) versetzt worden ist (§ 51 unter II.). Hier ist hinzuzufügen, daß der Anspruch auch dann entsteht, wenn die Drohung irgend eine andere schädigende Handlung (z. B.

---

[40] l. 7. pr. l. 15. §§ 6. 9. D. h. t. 39, 2; l. 1. pr. D. de ripa mun. 43, 15; l. 1. pr. D. de via publ. 43, 11; l. 1. pr. D. de loc. publ. 43, 9. — [41] l. 9. §§ 1—3. D. h. t. 39, 2; l. 5. § 4. l. 9. § 1. l. 15. D. ad exh. 10, 4; l. 19. § 4. D. loc. 19, 2; l. 3. § 11. l. 5. § 4. D. de it. act. pr. 43, 19; l. 1. § 38. D. de aq. quot. 43, 20; l. 3. § 9. D. de riv. 43, 21; l. 1. pr. §§ 12. 14. D. de cloac. 43, 23.

[1] l. 2. pr. § 9. D. vi bon. rapt. 47, 8. — [2] l. 4. D. eod. 47, 8. — [3] l. 1. pr. D. de inc. 47, 9. — [4] t. D. 47, 7: arborum furtim caesarum. — [5] t. D. 47, 12; t. C. 9, 19: de sepulcro violato. — [6] l. 2. § 2. D. de rel. 11, 7. — [7] l. 14. § 1. D. de serv. corr. 11, 3. — [8] l. 3. pr. D. de via publ. 43, 11. — [9] ll. 1—6. D. de publ. 39, 4. — [10] l. 5. §§ 6—13. D. de his qui eff. 9, 3; § 1. I. de obl. quae qu. ex del. 4, 5.

die Zerstörung eines Gebäudes)[1] herbeiführt. Der Anspruch besteht in der Forderung auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, sowie auf Schadensersatz[2], also muß ein übertragenes dingliches Recht oder der Besitz zurückübertragen, ein aufgegebenes dingliches Recht an fremder Sache, sowie eine erlassene Forderung wiederhergestellt, eine übernommene Verpflichtung erlassen werden. — Uebrigens ist[3] hiezu nicht bloß der Drohende selbst verpflichtet, sondern auch jeder Dritte, welcher das dem Bedrohten Entzogene in Händen oder es doloser Weise verloren hat[4]: die act. und exc. metus sind in rem scriptae (§ 80 N. 7). Die Erben des Drohenden haften nach den Grundsätzen der Delictsobligation[5] (§ 81 Note 12. 13). — Die Klage, welche dem Bedrohten behufs gerichtlicher Geltendmachung seines Anspruches zusteht, heißt actio quod metus; nach Römischem Rechte wird der Verklagte auf das Vierfache verurtheilt, falls er, binnen eines Jahres nach der Drohung belangt, auf die Aufforderung des Richters (arbitrium de restituendo, § 84 Note 14) seine Verpflichtung nicht freiwillig erfüllt[6]; diese Verurtheilung zum Vierfachen ist heut unpraktisch (§ 81).

Vierter Titel.

Böswillige Vermögensbeschädigung.

A. § 318. Die allgemeinen Grundsätze (Actio doli).

t. D. IV, 3; t. C. II, 21: de dolo malo. — Vgl. die Literatur zu § 51. — Vangerow, § 693.

Schon früher ist bemerkt, daß das Rechtsgeschäft nichtig ist, welches Jemand in einem wesentlichen Irrthum befangen eingeht, mag er hierein von einem Anderen absichtlich (durch Betrug) versetzt worden sein oder nicht (§ 51); ebendaselbst ist bemerkt, daß bei unwesentlichem Irrthum, wenn er absichtlich erregt war, der Betrogene gegen den Betrüger einen Anspruch erwirbt. Hier ist hinzuzufügen, daß den gleichen Anspruch ein Jeder erwirbt, dem ein Anderer böswillig irgend welchen Vermögensschaden zufügt (z. B. es erlaubt Jemand einem Anderen auf seinem Grundstück Steine zu brechen oder zu säen, und nimmt, nachdem der Andere schon Vorbereitungen getroffen und Auslagen gehabt hat, die Erlaubniß zurück[1]; ferner: Jemand vernichtet absichtlich das bei ihm deponirte Testament, und Erben resp. Legatare können deshalb dem Intestaterbberechtigten ihre Rechte nicht gehörig nachweisen)[2]. Der Anspruch besteht in der Forderung auf den vollen Schadensersatz[3], nach zwei Jahren auf Herausgabe der Bereicherung[4]; die Erben haften nach den Grundsätzen von Delictsobligationen[5] (§ 81 Note 12. 13). Der Anspruch geht verloren, wenn der Be-

---

[1] l. 9. § 2. D. h. t. 4, 2. — [2] l. 9. §§ 7. 8. l. 10. § 1. l. 12. pr. § 2. l. 14. § 5. l. 21. § 2. D. h. t. 4, 2; l. 4. C. h. t. 2, 20. — [3] l. 9. § 4. l. 10. l. 14. § 9. l. 21. § 2. D. h. t. 4, 2. — [4] l. 9. §§ 1. 8. l. 10. pr. l. 11. l. 14. §§ 3. 5. l. 18. D. h. t. 4, 2. — [5] l. 16. § 2. l. 20. D. h. t. 4, 2. — [6] l. 14. §§ 1. 4. 7. 9. 10. 14. D. h. t. 4, 2; l. 4. C. h. t. 2, 20.

[1] l. 34. D. h. t. 4, 3; l. 16. § 1. D. de pr. v. 19, 5. — [2] l. 35. D. h. t. 4, 3. — [3] l. 18. pr. § 1. D. h. t. 4, 3. — [4] l. 28. D. h. t. 4, 3; l. 8. C. h. t. 2, 21. — [5] l. 17. § 1. ll. 26—28. D. h. t. 4. 3.

schädigte selbst einen Dolus begangen hat[6]. Die Klage, welche dem Beschädigten behufs gerichtlicher Geltendmachung seines Anspruchs zusteht, heißt actio doli; der in Folge derselben Verurtheilte ward nach Römischem Recht infam (§ 27); daraus erklären sich folgende Rechtssätze, von denen heut kein Gebrauch mehr gemacht werden kann:

1. Die Klage kann nicht bei Summen unter zwei Aurei angestellt werden[7].

2. Wenn der Ersatzpflichtige eine Person ist, welcher der Beschädigte besondere Achtung schuldet, so ist eine Klage mit anderer Wortfassung (eine actio in factum, worin des Dolus nicht gedacht wird) anzustellen und zwar nur auf die Bereicherung[8].

3. Die act. doli ist eine subsidiäre Klage, kann also nicht angestellt werden, solange ein anderes Rechtsmittel anwendbar ist, und wäre dies selbst die in integrum restitutio[9].

B. § 319. Besondere Fälle der Böswilligkeit.

1) § 319. Störung der Rechtshilfe.

Vangerow, §§ 695. 696.

1. Nach Römischem Recht haftet Derjenige, welcher den in ius vocatus dem Kläger zu folgen verhindert (mit einer in factum actio), dem Kläger auf eine Geldstrafe, welche der Klagsumme gleich ist[1]. Ferner haftet Derjenige (mit einer actio in factum) auf das Interesse, welcher diejenige Proceßpartei, welche cautio iudicio sisti geleistet hat, oder ihren Gegner am Erscheinen vor dem Magistrat verhindert[2]. — Heutzutage, wo die in ius vocatio und die cautio iudicio sisti weggefallen sind, haftet Derjenige, welcher den vor Gericht Geladenen am Erscheinen verhindert, dem Beschädigten auf das Interesse.

2. Wer eine Sache durch ein Geschäft unter Lebenden veräußert, um einem Anderen die Verfolgung seines Rechts zu erschweren oder zu schmälern (alienatio iudicii mutandi causa) haftet diesem (mit einer actio in factum) für das Interesse[3]. Der Anspruch verjährt nach Ablauf eines annus utilis[4]. Die Erben haften nach den Regeln der Deliktsobligationen[5] (§ 81 Note 12. 13). In älterer Zeit entstand dieser Anspruch namentlich dann, wenn der Besitzer einer fremden Sache deren Besitz böswilliger Weise aufgegeben hatte[6]; dieser Hauptanwendungsfall ist, seitdem dieser wie ein Besitzer (sog. fictus possessor, § 150) haftet, weggefallen; trotzdem ist unsere actio in factum nicht unpraktisch geworden, z. B. es veräußert der Grundeigenthümer, welchem ein Anderer eine Anlage untersagt hat, böswilliger Weise das Grundstück, der Prohibent kann alsdann von dem Erwerber des Grundstücks nicht die Kosten

---

[6] l. 36. D. h. t. 4, 3; l. 154. D. de r. j. 50, 17. — [7] l. 9. § 5. l. 10. l. 11. pr. D. h. t. 4, 3. — [8] l. 11. § 1. l. 12. D. h. t. 4, 3. — [9] l. 1. § 4.—l. 7. l. 18. §§ 2. 3. l. 25. l. 40. D. h. t. 4, 3; l. 2. C. h. t. 2, 21.

[1] t. D. 2, 7: ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat. — [2] t. D. 2, 10: de eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat. — [3] t. D. 4, 7; t. C. 2, 55; de alienatione iudicii mutandi causa facta. — [4] l. 6. l. 7. D. h. t. 4, 7. [5] l. 4. § 6. l. 6. D. h. t. 4, 7. — [6] l. 1. l. 4. § 1. D. h. t. 4, 7.

der Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern[7] (§ 325 Text zu Note 11 und 12).

2) § 320. Die Calumnia.

t. D. III, 6: de calumniatoribus. — Vangerow, § 694.

Wer etwas calumniae causa empfangen hat, d. h. um einen ungerechten Proceß gegen einen Anderen anzustellen oder um davon abzustehen, haftet dem Bedrohten (mit einer actio in factum) während eines Jahres auf den vierfachen Betrag des Empfangenen, nachher auf das Einfache[1]. Der Anspruch ist activ unvererblich (§ 82)[2]; die Erben des Schuldners haften nach den Grundsätzen von Delictsobligationen[3] (§ 81 Note 12. 13). Auch muß der Empfänger dann, wenn er von einem ungerechten Proceß abstehen sollte, das Empfangene dem Geber nach den Grundsätzen der condictio ob turpem causam (§ 283) zurückgeben. Die Frage, ob beide Ansprüche mit einander cumulirt werden können, ist streitig; nach ausdrücklicher Bestimmung der Quellen[4] ist dies dann unzulässig, wenn der Bedrohte selbst der Geber war. Heutzutage, wo die gesetzlichen Strafansprüche überhaupt unpraktisch geworden sind, ist der Anspruch des Bedrohten, sofern er auf mehr als auf das Einfache geht, für weggefallen zu erachten.

Fünfter Titel.

§ 321. Die Injurie.

t. D. XLVII, 10: de iniuriis et famosis libellis. — t. C. IX, 35; t. I. IV, 4: de iniuriis. — Wächter u. Dochow in den bei § 313 citirten Abhandlungen. — Vangerow, § 701.

I. Begriff und Voraussetzungen. Injurie ist im weiteren Sinn ein jedes Unrecht, sei es dolos oder culpos begangen. Im engeren Sinn ist Injurie gleich der contumelia, d. h. der absichtlichen Verletzung fremder Ehre[1]. Selbstverständlich gehört unter die Injurie im engeren Sinn die absichtliche Verletzung der sog. öconomischen Ehre (z. B. Jemand mahnt den Bürgen, während der Hauptschuldner zur Zahlung bereit ist[2]; Jemand bietet eine Sache feil, indem er fälschlich behauptet, daß sie ihm von einem Anderen verpfändet sei[3] u. dgl.). Aber auch jede andere Mißachtung einer fremden Persönlichkeit ward als Injurie erklärt (z. B. es veröffentlicht Jemand absichtlich ein Testament, dessen Inhalt geheim bleiben sollte[4], es betritt Jemand die Wohnung eines Anderen wider dessen Willen[5], es hindert Jemand einen Anderen an der Benutzung einer res publica publico usui destinata[6], es stellt Jemand wissentlich ohne Grund die Freiheit eines Menschen in Frage u. dgl.)[7]. — Zum Thatbestand der Injurie gehört:

---

[7] l. 3. § 2. D. h. t. 4, 7.

[1] l. 1. pr. D. h. t. 3, 6. — [2] l. 4. D. h. t. 3, 6. — [3] l. 5. pr. D. h. t. 3, 6. — [4] l. 5. § 1. D. h. t. 3, 6; l. 7. pr. eod.

[1] l. 1. pr. D. h. t. 47, 10. — [2] l. 19. l. 20. D. h. t. 47, 10. — [3] l. 15. §§ 32. 33. D. h. t. 47, 10. — [4] l. 41. pr. D. ad l. Aq. 9, 2. — [5] l. 5. pr. l. 23. D. h. t. 47, 10. — [6] l. 13. § 7. D. h. t. 47, 10. — [7] l. 11. § 9. l. 12. l. 22. D. h. t. 47, 10.

1. Eine injuriirende Handlung. Dieselbe kann, wie die Quellen besagen, in Thätlichkeiten oder in Worten geschehen[8], wie aber die Neueren mit Recht hinzufügen, auch in Zeichen (Real-, Verbal-, symbolische Injurie). Besteht sie in Worten und zwar in solchen, welche Jemandem unwahre ehrenrührige Handlungen zur Last legen, so heißt sie bei den Neueren Verläumdung[8a]. Besteht sie in der Veröffentlichung eines beschimpfenden schriftlichen Aufsatzes, so heißt sie in den Quellen libellus famosus, carmen famosum, bei den Neueren Pasquill. Die injuriirende Handlung, welche bezüglich der Art, des Ortes, der Person besonders schwer erscheint, heißt atrox iniuria[9]. Die injuriirende Handlung kann nach Römischem Recht außer der Beleidigung Desjenigen, gegen welchen sie unmittelbar gerichtet ist, mittelbar die Beleidigung eines Anderen involviren: es wird durch die Beleidigung des Hauskindes, der Ehefrau, der Braut zugleich der Hausvater, der Ehemann, der Bräutigam beleidigt[10]; Neuere haben hievon die Eintheilung in unmittelbare und mittelbare Injurie hergenommen; dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871 ist die mittelbare Injurie unbekannt.

2. Die Absicht, dem Anderen eine Ehrenkränkung zuzufügen resp. ihn zu mißachten (animus iniuriandi)[11]. Diese Absicht fehlt, wenn die Thatsache, die Jemand einem Anderen zur Last legt, wahr ist und nicht die Form der Behauptung oder sonstige concurrirende Umstände eine Verachtung ausdrücken[12]; man drückt dies gewöhnlich so aus: gegen die Verleumdungsklage ist die exceptio veritatis zulässig.

II. Bestrafung der Injurie. Die Injurie hat stets eine Bestrafung zur Folge, welche in den verschiedenen Perioden eine verschiedene war.

1. Historische Einleitung. Nach den zwölf Tafeln[13] wurde das Abfassen eines Pasquills mit Todtprügeln, die Gliederverstümmlung mit Talion (außer bei Vergleich zwischen dem Mißhandelnden und dem Mißhandelten), der Bruch und die Zersplitterung eines Knochens mit einer Privatstrafe von 300 Assen bei einem Freien, von 150 Assen bei einem Sklaven, endlich jede sonstige Injurie mit 25 Assen bestraft. — In dem prätorischen Edict[14] wurde der Grundsatz aufgestellt, daß die Geldbuße, welche der Injuriant an den Injuriirten zahlen solle, im einzelnen Fall nach der Schwere der Injurie ex aequo et bono vom Richter festgesetzt werden solle; der Strafanspruch verjährte in einem Jahr. Der Verurtheilte ward infam; die Klage des Injuriirten hieß act. iniuriarum aestimatoria. — Eine lex Cornelia[15] (wahrscheinlich von Sulla) gab dem Injuriirten bei gewissen Injurien (Stoßen, Schlagen, gewaltsames Eindringen in ein Haus, Pasquill) die Wahl, ob er die Privatstrafe oder öffentliche Bestrafung des Injurianten verlangen wolle; die öffentliche Strafe selbst ist uns unbekannt; gegenüber dem Pasquillanten zog sie die

[8] l. 1. § 1. D. h. t. 47, 10. — [8a] Reichsstrafgesetzbuch § 187. — [9] l. 7. §§ 7. 8. D. h. t. 47, 10; § 9. I. h. t. 4, 4. — [10] l. 1. §§ 3. 9. l. 15. § 24. l. 26. D. h. t. 47, 10; § 2. I. h. t. 4, 4. — [11] l. 3. §§ 1—4. D. h. t. 47, 10. — [12] l. 18. pr. D. h. t. 47, 10; Deutsches Reichsstrafgesetzbuch § 192. — [13] Gai. 3, 223; Cic. de rep. IV, 10, 12. — [14] Gai. 3, 224; l. 11. § 1. ll. 16. 17. § 2. D. h. t. 47, 10. — [15] l. 5. l. 37. § 1. D. h. t. 47, 10; § 8. I. h. t. 4, 4.

Intestabilität nach sich[16] (§ 27 Note 5). In der Kaiserzeit wurde allmählich bei allen Injurien die Wahl zwischen öffentlicher und Privatstrafe eingeführt[17]. Daher ist der Inhalt der Justinianischen Compilation ein sehr mannigfacher: Injurien werden theils nach den Grundsätzen des prätorischen Edicts, theils nach dem Cornelischen Gesetz, theils nach kaiserlichen Verordnungen geahndet.

2. Gemeines Recht vor Emanation des Deutschen Strafgesetzbuchs. Nach dem auf dem Grunde des Römischen Rechts erwachsenen Gemeinen Rechte hatte der Injuriirte die Wahl zwischen dem Antrage auf öffentliche Bestrafung des Injurianten und dem auf Privatstrafe. Die öffentliche Strafe pflegte in Gefängniß zu bestehen, die Privatstrafe in einer vom Kläger vorzuschlagenden, vom Richter nach der Schwere der Injurie zu bestimmenden Geldsumme. Nach den Reichsgesetzen[18] konnte der Beleidigte auch verlangen, daß der Beleidiger bei Verläumdungen einen Widerruf erkläre, bei Injurien aller Art Abbitte leiste, bei zweifelhaftem animus iniuriandi eine Ehrenerklärung abgebe; man sprach deshalb von einer act. ad recantationem s. ad palinodiam, ad deprecationem, ad declarationem honoris. — Der Anspruch des Injuriirten war weder activ noch passiv vererblich[19]. Er verjährte in der Regel in einem Jahre[20], die Fälle des Cornelischen Gesetzes verjährten in dreißig Jahren[21]. Der Anspruch fiel durch Verzeihung und Vergleich weg[22], sowie ferner, wenn der Injuriirte die Injurie nicht als solche aufgenommen hat[23].

3. Die unter 2. entwickelten Rechtsgrundsätze sind durch das neue Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 § 185 sqq. verdrängt und die Injurie für ein Vergehen mit rein öffentlicher Strafe erklärt worden; nur wenn die Beleidigung nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt (m. a. W. wenn zugleich eine Vermögensbeschädigung vorliegt), so kann der Strafrichter den Beleidiger zur Zahlung einer Buße bis zum Betrage von 2000 Thlr. verurtheilen; dann kann der Beleidigte einen weiteren Entschädigungsanspruch im Wege der Civilklage nicht geltend machen; die Buße hat keinen pönalen Charakter (wie Viele behaupten), sie enthält bloß den Schadensersatz (anders im Falle des § 313 unter II. 3).

Sechster Titel.

§ 322. Vergehen des Richters.

Vangerow, § 699.

Nach classischem Römischem Recht zerfällt der Proceß regelmäßig in zwei Theile: in das Verfahren vor dem Magistrat (in iure) und in das vor dem Geschworenen (in iudicio).

[16] l. 5. § 9. D. h. t. 47, 10. — [17] § 10. I. h. t. 4, 4; l. 1. l. 5. D. de extr. cr. 47, 11. — [18] R.G.O. v. 1555. II, 28. § 4; R.Schluß v. 1670. — [19] l. 13. pr. l. 15. § 14. l. 28. D. h. t. 47, 10. — [20] l. 5. C. h. t. 9, 35; § 1. I. de perp. et temp. a. 4, 12. — [21] pr. I. de perp. et temp. a. 4, 12. — [22] l. 11. § 1. l. 17. § 6. D. h. t. 47, 10. — [23] l. 11. § 1. D. h. t. 47, 10; § 12. I. h. t. 4, 4.

1. Wer als Magistrat eine neue (ungerechte) Regel aufstellt und in einem Proceß in Anwendung bringt, muß sich später in eigenen Sachen gefallen lassen, daß sein Gegner, wer er auch sei, die Anwendung derselben Regel gegen ihn verlange [1].

2. Wer als Geschworener dolos oder culpos ein ungerechtes Urtheil gesprochen hat (iudex qui litem suam fecit), haftet hiefür, und zwar im Fall des Dolus auf Ersatz des ganzen Streitgegenstandes [2], im Fall der Culpa auf Zahlung einer richterlich zu bestimmenden Summe [3].

Diese Bestimmungen sind trotz des veränderten Proceßverfahrens in die Justinianische Compilation aufgenommen worden, und finden daher beide auf den Richter der Justinianischen und heutigen Zeit Anwendung; nur haben deutsche Reichsgesetze [4] die Haftung des Richters auf „Betrug, Arglist oder andere dergleichen Ursachen" beschränkt; doch wollen viele Juristen das grobe Versehen, einige sogar jedes Versehen gleichstellen. Obervormundschaftsrichter haften auch nach deutschen Reichsgesetzen für jedes Versehen (§ 385).

Die Klage gegen den Richter (oben Nr. 2) wird seit dem Mittelalter actio ex syndicatu genannt. Einige halten die Klage für subsidiär, in den Quellen ist dies nirgends ausgesprochen, außer wenn die Klage gegen die Obervormundschaftsbehörde angestellt wird.

Siebenter Titel.

Störung thatsächlicher Zustände.

§ 323. Einleitung.

Wenn Jemand einen Anderen an einem Bau oder an einer sonstigen Veränderung auf einem Grundstück hindern will, so müßte er genau genommen erst die Unrechtmäßigkeit des Baues resp. der Veränderung im ordentlichen Processe darthun, so daß bis zu entschiedenem Proceß das begonnene Werk fortgesetzt werden könnte. Da aber hierdurch oft ein unersetzlicher Schaden entstände, so ward der Grundsatz aufgestellt, es könne die Sistirung des Werkes sofort und schon vor Austrag der Sache verlangt werden; gleichzeitig war man bemüht, den Unternehmer des Werkes möglichst gegen etwaige Chicane zu sichern. Zwei Institute sind bestimmt, diese Gedanken zu realisiren: die operis novi nuntiatio und das interd. quod vi aut clam.

1. § 324. Errichtung oder Niederreißung eines Bauwerkes (operis novi nuntiatio).

t. D. XXXIX, 1: de operis novi nuntiatione. — t. D. XLIII, 25: de remissionibus. — t. C. VIII, 11: de novi operis nuntiatione. — Wiederhold, das int. uti poss. und die novi operis nuntiatio. 1831. — Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. 1861. — Derselbe, das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken. 1866. — Stöl-

---

[1] t. D. 2, 2: quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur. — [2] l. 15. § 1. D. de jud. 5, 1; l. 2. C. de poena jud. 7, 49. — [3] l. 5. § 4. D. de o. et a. 44, 7; l. 6. D. de extr. jud. 50, 13. — [4] R.G.O. v. 1555. Th. 3. Tit. 53. §§ 5. 6. 10; J.R.A. § 157.

zel, die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interd. quod vi aut clam. 1865. — Karlowa, Beiträge zur Geschichte des Römischen Civilprocesses. 1865. — Vangerow, § 676.

Die begonnene[1] Errichtung oder Niederreißung eines Bauwerkes (opus novum solo coniunctum)[2] darf vorläufig nicht wider das Verbot (operis novi nuntiatio) gewisser Personen fortgesetzt werden. Wer diese Personen sind, ist aus dem Quellenausspruch[3] zu entnehmen: nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi causa. Danach steht die Nuntiationsbefugniß zu:

1. iuris nostri conservandi causa vornehmlich dem Eigenthümer eines Grundstücks, wenn durch die Errichtung oder Niederreißung eines Bauwerkes die Freiheit seines Eigenthums (wegen causa naturalis) oder eine ihm zustehende Gebäudeservitut[4] (wegen causa impositicia) oder die zum Schutze der Nachbarn erlassenen öffentlichen Baugesetze (wegen causa publica) verletzt werden[5]. Außer dem Eigenthümer steht die Nuntiationsbefugniß Allen, welchen die Eigenthumsklagen utiliter zukommen, zu, also dem redlichen Besitzer, Superficiar[6], Emphyteuta und Pfandgläubiger[7]; auch dem Usufructuar[8] steht sie zu; alle diese dürfen nicht dem Eigenthümer nuntiiren;

2. damni depellendi causa[9] Jedem, welcher wegen der Errichtung oder Niederreißung eines Bauwerkes eine cautio damni infecti verlangen kann und sie vergeblich verlangt hat;

3. publici iuris tuendi causa jedem mündigen Bürger, wenn durch die Errichtung oder Niederreißung eines Bauwerkes die Vorschriften über die Benutzung von res sacrae, religiosae, publicae verletzt werden[10].

Die Nuntiation kann in irgend welcher Form erklärt werden[11]; sie muß in unmittelbarer Nähe des Werkes (nuntiatio fit in rem) in Gegenwart des Bauherrn oder eines seiner Leute erklärt werden[12]. Ihre Wirkungen sind activ an die Person des Nuntianten gebunden (die Nuntiation verliert ihre Kraft, wenn der Nuntiant stirbt oder das Grundstück veräußert)[13], passiv hingegen gehen sie über die Person des Nuntiaten hinaus, indem sie auch seinen Universal- und Singularsuccessor treffen[14] (nach der Meinung älterer römischer Juristen bloß den Universalsuccessor)[15]. Die Wirkungen selbst sind zwiefach:

a. Der Nuntiant verliert das Recht der Selbsthilfe und der possessorischen Interdicte; das ist der Sinn der sehr bestrittenen Worte: in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus[16].

b. Selbst wenn der Nuntiant keine Nuntationsbefugniß hat (oben 1—3),

[1] l. 1. § 1. D. h. t. 39, 1. — [2] l. 1. §§ 11. 12. D. h. t. 39, 1. — [3] l. 1. § 16. D. h. t. 39, 1. — [4] l. 2. D. h. t. 39, 1; l. 15. D. de s. p. u. 8, 2; l. 6. § 7. D. si s. v. 8, 5; l. 14. D. h. t. 39, 1. — [5] l. 5. § 9. D. h. t. 39, 1. — [6] l. 3. § 3. D. h. t. 39, 1. — [7] l. 9. D. h. t. 39, 1; l. un. § 5. D. de rem. 43, 25. — [8] l. 1. § 20. l. 2. D. h. t. 39, 1; l. un. § 4. D. de rem. 43, 25. — [9] l. 1. § 17. D. h. t. 39, 1. — [10] l. 1. § 17. l. 3. § 4. l. 4. l. 5. D. h. t. 39, 1. — [11] l. 1. § 2. l. 16. l. 19. D. h. t. 39, 1. — [12] l. 10. l. 23. D. h. t. 39, 1; l. 5. §§ 2—4. l. 11. D. eod. — [13] l. 8. § 6. l. 5. § 6. D. h. t. 39, 1. — [14] l. 8. § 7. l. 23. D. h. t. 39, 1. — [15] l. 3. § 3. D. de al. jud. mut. c. 4, 7. — [16] l. 1. § 6. l. 5. § 10. D. h. t. 39, 1.

und selbst wenn das Werk mit Recht unternommen ist, so muß es vorläufig eingestellt werden[17]; entgegengesetzten Falles kann der Nuntiant von dem Unternehmer des Werkes die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen (mit dem interd. de opere restituendo, bei den Neueren demolitorium genannt)[18]; die Erben des Unternehmers haften nach den Grundsätzen über Delictsobligationen[19] (§ 81 Note 12. 13), die Singularsuccessoren des Unternehmers haften nicht[20].

Nur in wenigen Fällen, nämlich wo das öffentliche Interesse die Fortsetzung des Werkes verlangt (z. B. bei der Ausbesserung von Cloaken) und wo die Einstellung des Werkes eine Gefahr für den Unternehmer herbeiführen würde, darf der Unternehmer der Nuntiation zuwiderhandeln[21]. Abgesehen hievon hängt das Schicksal des Werkes nach geschehener Nuntiation davon ab, ob der Nuntiant die Nuntiationsbefugniß hat oder nicht. Hat er diese nicht, so kann der Unternehmer das Werk dann fortsetzen, wenn er dem Richter (Prätor) von der Nuntiation Mittheilung macht und ihren Erlaß (remissio nuntiationis) wegen der mangelnden Nuntiationsbefugniß beantragt[22]. Der Richter entspricht in der Regel[23] diesem Antrag ohne weiteres Beweisverfahren in der Weise, daß er die Nuntiation bedingt aufhebt, nämlich unter der Bedingung, daß der Nuntiant (wie der Unternehmer behauptet) keine Nuntiationsbefugniß habe; den Beweis der mangelnden Nuntiationsbefugniß hat der Unternehmer erst dann zu führen, wenn der Nuntiant gegen ihn das Demolitorium anstellt. — Hat hingegen der Nuntiant die Nuntiationsbefugniß, so darf der Unternehmer das Werk erst dann fortsetzen, wenn er den früheren Zustand wiederherzustellen verspricht, falls das Werk unrechtmäßig ausgeführt worden sein sollte (stipulatio ex operis novi nuntiatione, bei den Neueren cautio de demoliendo)[24]; bei der Nuntiation damni depellendi causa besteht das Versprechen in der cautio damni infecti (§ 315); es wird alsdann der Unternehmer des Werkes bei dessen Fortsetzung gegen etwaige Angriffe des Nuntianten geschützt (mit einem Interdictum, das bei den Neueren den Namen ne vis fiat aedificanti hat)[25], bis die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Werkes im ordentlichen Proceß entschieden worden ist. — Nach vorjustinianischem Recht verlor die Nuntiation (nicht bloß durch Remission und Caution sondern) auch dann ihre Kraft, wenn der Nuntiant binnen Jahresfrist die Unrechtmäßigkeit des Werkes im Proceß nicht nachgewiesen hatte; dies hob Justinian[26] auf, und bestimmte zugleich, daß sofort nach geschehener Nuntiation der Proceß über ihre Rechtmäßigkeit eingeleitet und womöglich binnen drei Monaten entschieden werden sollte.

---

[17] l. 20. §§ 3. 4. D. h. t. 39, 1. — [18] l. 20. pr. — § 8. D. h. t. 39, 1. — [19] l. 20. § 8. l. 22. D. h. t. 39, 1. — [20] Vgl. l. 5. § 5. l. 18. D. h. t. 39, 1. — [21] l. 5. §§ 11—13. D. h. t. 39, 1; l. 3. § 8. D. de riv. 43, 21. — [22] t. D. 43, 25: de remissionibus. — [23] Zwei Ausnahmen s. in l. 5. §§ 14. 18. D. h. t. 39, 1. — [24] l. 5. § 17. l. 8. §§ 2. 4. l. 12. l. 20. § 1. l. 21. D. h. t. 39, 1; l. un. § 2. D. de rem. 43, 25. — [25] l. 20. § 9. sqq. D. h. t. 39, 1. — [26] l. un. C. h. t. 8, 11.

2. § 325. Handlungen gegen Verbot oder heimlicher Weise (Interdictum quod vi aut clam).

t. D. XLIII, 24: quod vi aut clam. — Vgl. die Literatur zu § 324. — Limacher, über das interd. quod vi aut clam. 1865. — Vangerow, § 677.

Offenbar in späterer Zeit und um die Mängel und Lücken der Nuntiationsgrundsätze zu beseitigen, ward im prätorischen Edict der Grundsatz aufgestellt: Jede Veränderung auf einem Grundstück[1] soll nicht wider das Verbot noch hinter dem Rücken Desjenigen, dessen Interesse dadurch verletzt wird, vorgenommen werden.

Als Veränderung auf einem Grundstück gilt nicht nur die Errichtung und Niederreißung eines Bauwerkes, sondern auch Graben[2], Pflügen[3], Verunreinigen eines Brunnens[4], Abschneiden von Bäumen und Pflanzen u. dgl.[5] — Befugt zum Verbieten ist Jeder, welchem das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an einem Grundstück oder dessen Besitz oder Detention auf Grund einer Obligation zusteht, und dessen Interesse durch die Veränderung auf diesem oder einem anderen Grundstück verletzt wird[6]. — Das Verbot (die Prohibition) kann durch thätlichen Widerstand oder durch Worte oder durch Symbole (von denen in den Quellen der lapilli iactus erwähnt wird) erklärt werden[7]; seine Wirkung ist activ nicht an die Person des Prohibenten gebunden (es kommt vielmehr auch seinen Universal- und Singularsuccessoren zu Gute)[8], passiv bindet es Denjenigen, an welchen es ergangen ist, seine Universal- und Singularsuccessoren aber nur dann, wenn sie davon Kenntniß erhalten haben[9]. — Heimlich handelt Derjenige, welcher weiß oder wissen muß, daß ihm das Recht zur Handlung von einem Anderen bestritten werde und trotzdem diesem nicht anzeigt, daß er die Handlung vornehmen werde[10]. — Ist nun trotz Verbots oder heimlicher Weise eine Veränderung mit einem Grundstück geschehen, so muß der Thäter sie, selbst wenn sie mit Recht unternommen ist[11], beseitigen und den Schaden ersetzen; die Erben des Thäters haften nach den Grundsätzen über die Delictsobligationen (§ 81 Note 12. 13); dritte Besitzer des Grundstücks müssen gestatten, daß der Verletzte die Veränderung auf seine Kosten beseitige[12]. Die Klage, mit welcher der Verletzte seine Ansprüche gerichtlich geltend macht, heißt interdictum quod vi aut clam.

Die Ansprüche des Verletzten verjähren binnen einem Jahre[13]; außerdem darf er sie dann nicht geltend machen, 1) wenn der Gegner bereit ist, unter Cautionsstellung den Proceß über sein Recht zur Ver-

[1] l. 1. § 4. l. 7. § 5. l. 20. § 4. D. h. t. 43, 24. — [2] l. 7. § 8. l. 9. § 3. l. 22. § 1. D. h. t. 43, 24. — [3] l. 9. § 3. l. 22. § 1. D. h. t. 43, 24. — [4] l. 11. pr. D. h. t. 43, 24. — [5] l. 7. § 5. l. 13. pr. §§ 4. 7. D. h. t. 43, 24. — [6] l. 11. §§ 1. 10. 12. 14. l. 12. l. 13. pr. § 3. l. 16. D. h. t. 43, 24. — [7] l. 20. § 1. l. 1. §§ 5—7. D. h. t. 43, 24; l. 5. § 10. D. de o. n. n. 39, 1; l. 6. § 1. D. si s. v. 8, 5. — [8] l. 11. § 9. l. 13. § 5. D. h. t. 43, 24. — [9] l. 20. § 3. D. h. t. 43, 24. — [10] l. 3. § 7.—l. 5. § 6. l. 11. § 11. l. 18. § 1. l. 21. § 1. l. 22. § 5. D. h. t. 43, 24; l. 73. § 2. D. de r. j. 50, 17. — [11] l. 1. §§ 2. 3. D. h. t. 43, 24. — [12] l. 16. § 2. l. 7. pr. § 1. l. 11. § 4. l. 13. § 7. l. 14. l. 15. §§ 1. 3. 7. sq. l. 21. § 3. D. h. t. 43, 24; l. 4. § 2. l. 13. D. de aq. 39, 3. — [13] l. 15. §§ 3—6. D. h. t. 43, 24.

änderung zu übernehmen[14]; 2) wenn er zufolge obrigkeitlicher Ermächtigung die Veränderung vorgenommen hat (z. B. bei einem Brande läßt die Behörde die Gebäude in der Nähe des Brandes niederreißen, um dem Feuer Einhalt zu thun)[15]; 3) wenn er in Ausübung erlaubter Selbsthilfe handelte[16].

Sechstes Capitel.

Vermischte Fälle.

Erster Titel.

Pflicht zur Vorzeigung.

A. § 326. Die allgemeinen Grundsätze. (Act. ad exhibendum).

t. D. X, 4; t. C. III, 42: ad exhibendum. — Demelius, die Exhibitionspflicht. 1872. — Vangerow, § 707.

Wer einen Anspruch auf eine Sache geltend machen will, kann, wenn er hiezu der Ansicht der Sache bedarf, verlangen, daß Derjenige, der hiezu im Stande ist, sie ihm vorzeige (exhibire).

Der Anspruch, dessen Geltendmachung durch die Exhibition vorbereitet werden soll, kann nicht bloß ein dinglicher[1], sondern auch ein obligatorischer sein[2] (z. B. Jemand will einen Noxalanspruch erheben und kann das schuldige Haupt nicht angeben)[3]. Es wird der Anspruch vom Richter nur summarisch geprüft, und die vom Verklagten vorgebrachten Einreden werden nur dann berücksichtigt, wenn sie keine große Untersuchung verlangen[4]. — Die Ansicht der Sache, welche verlangt wird, kann aus mannigfachen Gründen nöthig sein; z. B. Derjenige, welcher ein dingliches Recht auf eine Sache geltend zu machen beabsichtigt, will sich vergewissern, ob sie oder eine ähnliche von einem Anderen besessen werde; es ist Jemandem eine Sache vermacht, welche er aus mehreren auswählen soll und er will sein Wahlrecht ausüben[5]; es ist die Sache des Einen mit der Sache eines Anderen trennbar verbunden, und es muß erst eine Trennung geschehen, damit eine Vindication möglich sei (§ 139)[6]; es will Jemand seine Sache, die auf ein fremdes Grundstück gerathen ist, abholen und der Grundstücksbesitzer gestattet ihm nicht den Zutritt[7] (§ 126 N. 4). — Exhibitionspflichtig ist der Inhaber[8], sowie Derjenige, welcher allein die Detention der Sache ergreifen kann[9]. — Das Vorzeigen wird in den Quellen definirt als praesentiam corporis praebere[10],

---

[14] l. 3. § 5. D. h. t. 43, 24. — [15] l. 7. §§ 2. 4. D. h. t. 43, 24. — [16] l. 7. § 3. l. 22. § 2. D. h. t. 43, 24.

[1] l. 1. l. 3. §§ 3. 4. 12. l. 12. § 2. D. h. t. 10, 4; l. 6. l. 8. C. h. t. 3, 12. — [2] l. 3. § 5. sq. D. h. t. 10, 4. — [3] l. 3. § 7. D. h. t. 10, 4. — [4] l. 3. §§ 9. 13. D. h. t. 10, 4. — [5] l. 3. § 6. D. h. t. 10, 4. — [6] l. 6. l. 7. §§ 1. 2. D. h. t. 10, 4; l. 23. § 5. D. de r. v. 6, 1. — [7] l. 5. §§ 4. 5. l. 9. § 1. D. h. t. 10, 4. — [8] l. 3. § 15. l. 4. l. 5. pr. § 6. D. h. t. 10, 4; l. 7. C. h. t. 3, 42. — [9] S. die Citate der Note 7. — [10] l. 22. l. 246. D. de v. s. 50, 16.

sowie als facere in publico potestatem ut ei, qui agit, experiundi sit copia[11]. Die Kosten der Exhibition muß in der Regel Derjenige tragen, welcher die Vorzeigung verlangt[12]. — Die act. ad exhibendum war nach classischem Recht eine arbiträre Klage (§ 84 unter 4): deshalb wurde der Verklagte vor dem Urtheil vom Richter zur freiwilligen Vorzeigung der Sache aufgefordert (arbitrium de exhibendo)[13], und erst, wenn dies vergeblich war, zur Leistung des Interesse verurtheilt[14]. Heut ist das Urtheil auf Vorzeigung gerichtet. Bei dem sog. fictus possessor (dieser ist gleichfalls exhibitionspflichtig)[15] geht das Urtheil auf Leistung des Interesses.

B. § 327. Besondere Fälle.

M. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden. 1835. — Vangerow, § 708.

I. Die vorstehend erörterten Grundsätze finden auch auf Urkunden Anwendung, und es kann demnach, wer ein dingliches Recht (z. B. als Eigenthümer)[1] oder einen persönlichen Anspruch (z. B. als Mandant)[2] auf eine Urkunde hat, ihre Einforderung durch den Antrag auf Exhibition vorbereiten. Allein in einigen Fällen ist aus Utilitätsrücksichten dem Inhaber von Urkunden eine umfassendere Pflicht auferlegt worden:

1. Bei letztwilligen Urkunden[3] kann Jeder, welcher den Calumnieneid zu schwören bereit ist[4], verlangen, daß ihm das Einsehen und Abschreiben verstattet werde[5]; der sich Weigernde muß das Interesse leisten, welches in dem Werth der Erbschaft resp. des Vermächtnisses besteht, worauf der Exhibitionsberechtigte Anspruch macht[6]. Die Klage des Exhibitionsberechtigten heißt int. de tabulis exhibendis.

2. Argentarien müssen einem Geschäftsfreunde, vorausgesetzt, daß er den Calumnieneid schwört, den ihn betreffenden Theil ihrer Geschäftsbücher vorlegen, widrigenfalls sie (in einer act. in factum, bei den Neueren act. de edendo) zur Leistung des Interesses verurtheilt werden[7]. Diese Pflicht ist mit dem Stand der Argentarien weggefallen.

3. Ist eine Urkunde, auf welche Jemand einen obligatorischen Anspruch hat, von dessen Schuldner in dritte Hände gelangt, so kann er vom Inhaber (mit einer act. in factum, bei den Neueren act. de edendo) verlangen, daß er ihm das Einsehen und Abschreiben gestatte[8].

4. Schwebt ein Proceß über eine Geldsumme, so muß der Kläger dem Verklagten auf dessen Verlangen seine Rechnungsbücher vorlegen, um daraus zu entnehmen, ob die Forderung rechtmäßig sei[9]; die Praxis dehnt dies auf alle Urkunden aus, welche der Kläger in Händen hat und dem Verklagten zur Vertheidigung dienen können. Der Kläger hat nach

---

[11] l. 2. D. h. t. 10, 4; l. 9. § 5. eod. — [12] l. 11. § 1. D. h. t. 10, 4. — [13] § 31. I. de act. 4, 6; § 3. I. de off. jud. 4, 17. — [14] l. 9. § 8. l. 12. § 4. D. h. t. 10, 4. — [15] l. 9. pr.—§ 3. l. 14. D. h. t. 10, 4; l. 5. C. h. t. 3, 42.

[1] l. 3. § 5. D. de tab. exh. 43, 5. — [2] l. 9. pr. D. de ed. 2, 13. — [3] t. D. 43, 5; t C. 8, 7: de tabulis exhibendis. — [4] l. 3. C. quemadm. test. ap. 6, 32. — [5] l. 1. D. test. quemadm. ap. 29, 3. — [6] l. 3. §§ 11—15. D. h. t. 43, 5. — [7] l. 4. pr. l. 6. § 8. D. de ed. 2, 13. — [8] l. 3. § 14. D. ad exh. 10, 4. — [9] l. 5. . 6. l. 8. C. de ed. 2, 1.

Römischem Recht kein analoges Recht gegenüber dem Verklagten[10] außer a) Fiscus, welcher, sei es als Kläger oder als Verklagter, von seinem Gegner die Edition aller Urkunden verlangen kann[11]; b) nach canonischem Recht Derjenige, welcher wegen Zinswuchers klagt; dieser kann vom Verklagten die Edition der Rechnungsbücher verlangen[12]. — Nach der Reichscivilproceßordnung § 387 Z. 2 ist der Gegner des Beweisführers in jedem Processe eine Urkunde vorzulegen verpflichtet, wenn die letztere ihrem Inhalt nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche ist.

5. Justinian verordnete, daß jeder Inhaber einer Urkunde sie jedem Interessenten ediren müsse, wofern dies ohne eigenen Schaden möglich sei[13]. Aber dies Gesetz ist nicht glossirt.

II. Wer böswilliger Weise einen freien Menschen bei sich zurückhält, muß ihn auf Antrag irgend eines Bürgers (int. populare de libero homine exhibendo) exhibiren[14], d. h. dem Antragenden Gelegenheit geben, ihn frei und ungehindert zu sehen und zu sprechen[15].

III. Ueber die Pflicht zur Vorzeigung von Kindern und der Ehefrau (int. de liberis exhibendis, de uxore exhibenda) vgl. §§ 353 und 330.

Zweiter Titel.

§ 328. Alimentationsverbindlichkeit.

Gett, über die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft. 1836. — Vangerow, § 260.

Die Verbindlichkeit zur Alimentation (zur Gewährung von Nahrung, Kleidung, Wohnung)[1] kann begründet werden: 1) durch Vertrag[2]; 2) durch Vermächtniß in einer letztwilligen Verfügung[3] (§ 450 a. E.); 3) durch Delict[4]; 4) durch Gesetz[5] sind Ascendenten und Descendenten sich gegenseitig zu alimentiren verpflichtet[6], vorausgesetzt die Bedürftigkeit auf der einen Seite und hinreichendes Vermögen auf der anderen[7], vorausgesetzt ferner, daß der Alimentande sich keiner Impietät gegen Denjenigen, von welchem er die Alimente fordert, schuldig gemacht hat[8]. Den Kindern müssen die Eltern auch die Erziehungskosten gewähren[9]. Von unehelichen Kindern haben nach Justinianischem Recht Concubinenkinder einen Alimentationsanspruch an beide Eltern[10], die ex damnato coitu procreati an keinen von beiden[11]; die übrigen unehelichen Kinder haben einen Anspruch an ihre Mutter und deren Ascendenten[12]; nach der Praxis (in Folge falscher

---

[10] l. 8. C. de ed. 2, 1; l. 7. C. de test. 4, 20. — [11] l. 2. §§ 1. 2. D. de j. f. 49, 14. — [12] Cl. un. § 1. de us. 5, 5. — [13] l. 22. C. de fid. instr. 4, 21. — [14] t. D. 43, 29: de homine libero exhibendo. — [15] l. 2. § 8. D. h. t. 43, 29.

[1] l. 6. l. 23. D. de al. leg. 34, 1; l. 5. pr. D. de ventr. 37, 9; l. 43. l. 44. l. 234. § 2. D. de v. s. 50, 16. — [2] l. 8. C. de rer. perm. 4, 64; l. 1. C. de don. quae s. m. 8, 55. — [3] t. D. 34, 1: de alimentis et cibariis legatis. — [4] l. 7. D. de his qui eff. 9, 3. — [5] t. D. 25, 3: de alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis; t. C. 5, 25: de alendis liberis ac parentibus. — [6] l. 5. l. 8. D. h. t. 25, 3; ll. 1—4. C. h. t. 5, 25; Nov. 117. c. 7. — [7] l. 5. §§ 7. 9. D. h. t. 5, 23; l. 2. C. h. t. 5, 25. — [8] l. 5. §§ 11. 23. D. h. t. 5, 23; l. 4. C. h. t. 5, 25. — [9] l. 5. § 12. D. h. t. 25, 3; l. 6. § 5. D. de Carb. ed. 37, 10. — [10] Nov. 89. c. 12. §§ 4. 6. c. 13. — [11] Nov. 89. c. 15. — [12] l. 5. § 4. D. h. t. 25, 3.

Interpretation eines canonischen Gesetzes)[13] auch an ihren Erzeuger, d. h. an Denjenigen, welcher in der Conceptionsfrist (182—300 Tage vor der Geburt) mit der Mutter des Kindes den Beischlaf vollzogen hat; es ist aber streitig,

a. ob die sog. exceptio plurium constupratorum zulässig ist, d. h. ob der Verklagte dadurch von der Alimentationspflicht frei wird, daß die Mutter des Kindes während der Conceptionsfrist noch mit einem anderen Manne den Beischlaf vollzogen hat;

b. ob der Verklagte sich dadurch der Alimentationspflicht entziehen könne, daß er sich erbietet, das Kind selbst zu ernähren;

c. ob auch der unzurechnungsfähige Concumbent hafte;

d. ob auch die Ascendenten des Erzeugers haften, ferner ob seine Erben.

Die Entscheidung dieser Streitfragen hängt davon ab, ob man die Alimentationspflicht des Erzeugers auf ein in dem Beischlaf liegendes Delict zurückführt oder auf eine Liebespflicht, welche aus der natürlichen Verwandtschaft entspringt und welche durch die Praxis den Charakter einer Rechtspflicht erhalten hat. Die letztere Ansicht ist die richtige; denn der außereheliche Beischlaf ist jedenfalls kein Delict gegen das Kind, um dessen Alimentationsberechtigung es sich handelt; hiernach sind die aufgeworfenen Streitfragen sämmtlich zu bejahen. — Daß Geschwister keinen Alimentationsanspruch gegen einander haben, darüber ist man heut einig; zwar soll nach den Quellen der Vormund die Geschwister des Mündels alimentiren[14], allein dies hat darin seinen Grund, daß der Vormund auch die *sittlichen* Pflichten des Mündels erfüllen soll[15]. — Die Ehefrau hat einen Alimentationsanspruch an den Ehemann (§ 331).

Dritter Titel.

§ 329. Dotationsverbindlichkeit.

Vangerow, § 216.

Diese Verbindlichkeit kann 1) durch Vertrag oder 2) Vermächtniß[1] begründet werden. Unmittelbar 3) nach dem Gesetz steht der Frau ein Dotationsanspruch zu

a. an ihren Vater und väterlichen Großvater[2], vorausgesetzt, daß sie kein oder kein genügendes Vermögen hat[3]. Die lex Iulia de maritandis ordinibus ordnete dies zu Gunsten der Tochter in der Gewalt an; später ward es (was aber Viele bestreiten) auf die emancipirte Tochter ausgedehnt[4]. — Bei einer zweiten Ehe ist der Vater resp. Großvater zur Redotation verpflichtet[4a]; keineswegs aber gilt das Gleiche für den Fall, daß bei fortbestehender Ehe die gegebene Dos verbraucht wird oder durch Zufall oder sonstwie untergeht;

b. an ihre Mutter nur in außerordentlichen Fällen[5] und (was jetzt unpraktisch ist) wenn sie rechtgläubig ist, während es die Mutter nicht ist[6];

[13] c. 5. X. de eo qui duxit 4, 7. — [14] l. 4. D. ubi pup. 27, 2; l. 1. § 2. D. de tut. 27, 3. — [15] l. 12. § 3. l. 13. § 2. D. de adm. et per. 26, 7.

[1] l. 77. § 9. D. de leg. 2. (31). — [2] l. 19. D. de rit. nupt. 23, 2. l. 6. D. de coll. 37, 6. — [3] l. 7. C. de dot. prom. 5, 11. — [4] l. 7. C. cit. — [4a] Nov. 97. c. 5. — [5] l. 14. C. de j. dot. 5, 12. — [6] l. 19. § 1. C. de haer. 1, 5.

c. durch das Canonische Recht ist bestimmt, daß der Verführer die Verführte (wenngleich sie nicht geschwängert ist) dotiren und heirathen solle [7]; nach der Praxis hat er die Wahl zwischen Dotirung und Heirath.

Die Behauptung Vieler, daß der Bruder verpflichtet sei, seine vollbürtige oder von Vaters Seite halbbürtige Schwester zu dotiren [8], ist zu verwerfen; daher liegt, wenn er die Schwester dotirt, eine reine Schenkung vor. — Die Größe der Dos ist vom Richter mit Rücksicht auf das Vermögen des Dotationspflichtigen und den Stand der Ehegatten zu bestimmen [9]. — Die von dotationspflichtigen Personen bestellte Dos heißt bei den Neueren dos necessaria (im Gegensatz zur dos voluntaria), die vom Vater oder väterlichen Ascendenten der Frau bestellte Dos heißt in den Quellen dos profecticia (im Gegensatz zur dos adventicia, worunter jede von einem Anderen bestellte Dos, auch die von der Frau selbst bestellte Dos zu verstehen ist).

---

[7] c. 1. c. 2. X. de adult. 5, 16. — [8] Gestützt auf l. 12. § 3. D. de adm. tut. 26, 7. — [9] l. 60. l. 69. §§ 4. 5. D. de j. d. 23, 3; l. 43. D. de leg. 2. (31).

Fünftes Buch.

Das Familienrecht.

Erstes Capitel.

Das Eherecht.

Erster Titel.

§ 330. Begriff der Ehe und ihre Wirkungen auf die Person und das Vermögen der Gatten.

Vangerow, §§ 211. 213. 214.

Es existiren zwei Legaldefinitionen der Ehe; die eine in l. 1. D. de rit. nupt. XXIII, 2: nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio; die zweite in § 1. I. de patr. pot. I, 9: nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens. Nach der ersten ist die Ehe die Verbindung von Mann und Weib zu ungetheilter Lebens- und Rechtsgemeinschaft, nach der zweiten zu ungetheilter Lebensgemeinschaft. Beide Auffassungen sind im Römischen Recht nur wenig durchgeführt.

1. Was die Person der Gatten und deren Lebensgemeinschaft betrifft, so besteht noch im Justinianischen Recht (anders im Canonischen und heutigen Gemeinen Recht) der Grundsatz, daß eine Scheidung ohne Grund von jedem Gatten vorgenommen werden kann, und wenngleich dies hart bestraft wird, so widerspricht doch die Wirkung (die Ehe ist und bleibt getrennt)[1] dem Begriff der Ehe als einer Lebensgemeinschaft. Abgesehen hiervon stimmen die einzelnen Vorschriften des Römischen Rechts mit dem Begriff der Ehe überein: die Ehegatten schulden sich wechselseitig die eheliche Treue; die Ehefrau erhält das Domicil und den Gerichtsstand[1a] des Mannes, und wer sie wider ihren Willen dem Manne vorenthält, kann von ihm (mit dem int. de uxore exhibenda et du-

---

[1] l. 2. l. 3. D. de div. 24, 2. — [1a] Reichscivilproceßordnung § 17.

cenda) auf Herausgabe belangt werden[2]; ebenso erlangt die Frau Rang und Stand des Mannes[3], und wer sie injuriirt, begeht nach Römischem Recht (vgl. § 321 Text nach Note 10) mittelbar eine Injurie gegen den Mann[4]; kein Ehegatte kann gegen den anderen eine Straf- noch eine ehrenrührige Klage anstellen[5], noch zum Zeugniß gegen den anderen gezwungen werden[6]; die Ehegatten haben gegen einander das benef. competentiae (§ 228); die Frau schuldet dem Mann Ehrerbietung[7], umgekehrt er ihr seinen Schutz[8], daher er sie in Processen vertreten kann[9], ohne Vollmacht von ihr erhalten zu haben. Weitere Bestimmungen über die Lebensgemeinschaft der Gatten finden sich im Canonischen Recht; namentlich ist daselbst[10] die Pflicht zur Leistung des Beischlafs (debitum coniugale, eheliche Pflicht) anerkannt; es liegt hierin ein völliges Verkennen des Wesens der Ehe; denn das persönliche Verhältniß der Gatten ist im Großen und Ganzen dem Gebiet sittlicher Freiheit zugewiesen und von dem Rechtsgebiete ausgeschlossen.

2. Was die Rechtsgemeinschaft der Gatten anbetrifft, so ist diese (abgesehen von der Gemeinschaft des Standes und Ranges) in dem Recht der Kaiserzeit und im heutigen Gemeinen Recht nicht durchgeführt. In gewisser Weise war sie es einmal in republikanischer Zeit in denjenigen Ehen, mit welchen die Manus des Mannes über die Frau verbunden war, in denen also die Frau die Stellung einer Haustochter hatte, und ihr ganzes Vermögen einen Theil des Vermögens ihres Mannes bildete[11]. Als aber gegen Ende der Republik das eheliche Leben verfiel und die Manus außer Gebrauch kam, so hatte man nicht die sittliche Kraft, in neuer Weise den Begriff der Ehe durchzuführen; man behielt den Buchstaben der alten Definition bei, in Wahrheit aber verletzte man sie gröblich, indem man den Grundsatz aufstellte: das Vermögen eines jeden Gatten wird von der Ehe nicht berührt. Erträglich war dieser Grundsatz nur dadurch, daß nach Römischer Sitte ein jedes Mädchen, wo es nur anging, eine Mitgift erhielt. Dieser Grundsatz wird zwar noch heut von der gemeinen Meinung als der gemeinrechtliche ausgegeben; in Wahrheit aber hat er nur in einem kleinen Theile Deutschlands Eingang gefunden, in den überwiegend meisten Theilen haben sich die deutschrechtlichen ehelichen Güterverhältnisse erhalten, wonach das Vermögen der Frau oder das beider Gatten von der Ehe wesentlich berührt wird. — Uebrigens hat der Römische Grundsatz schon bei den Römern gewisse Modificationen erfahren; es können nämlich, wenn auch nicht unmittelbar durch die Ehe, so doch mit Rücksicht auf die Ehe besondere, das Vermögen betreffende Verhältnisse ins Leben gerufen, sowie umgekehrt verboten werden. Zu ersterer Art gehören die Verhältnisse in

---

[2] l. 2. D. de lib. exh. 43, 30; l. 11. C. de nupt. 5, 4; l. 3. C. de lib. exh. 8, 8. — [3] l. 13. C. de dign. 12, 1; l. 22. § 1. l. 38. § 3. D. ad munic. 50, 1. — [4] l. 2. D. de inj. 47, 10. — [5] l. 2. C. de rer. am. 5, 21; l. 17. D. de serv. corr. 11, 3; l. 1. i. C. de jure dot. 5, 12. — [6] l. 4. D. de test. 22, 5; Reichscivilpr. § 348; Reichsstrafpr. § 51. — [7] l. 14. § 1. D. sol. matr. 24, 3; l. 20. D. de re jud. 42, 1. — [8] l. 14. i. f. D. sol. matr. 24, 3; l. 48. D. de op. lib. 38, 1. — [9] l. 21. C. de proc. 2, 13. — [10] c. 3. C. 32. qu. 2; c. 5. C. 33. qu. 5. — [11] Gai. 1, 109. sqq.; 2, 86.

Folge der Bestellung einer Dos (§§ 331—344, im Gegensatz zu ihr heißt das übrige Vermögen der Frau Paropherna, § 345) und einer donatio propter nuptias (§ 346). Zur letzteren Art gehören die einfachen Schenkungen (§ 347) und die Processe wegen Diebstahls (§ 348). Diese Verhältnisse bedürfen genauer Behandlung, ebenso diejenigen Vermögensverhältnisse, welche in Folge der Aufhebung der Ehe eintreten können: in Folge von Scheidung (§ 349), Wiederverheirathung (§ 350), vorzeitiger Wiederverheirathung (§ 351), endlich das Erbrecht der Ehegatten (§ 409).

Zweiter Titel.

Die Dos.

t. D. XXIII, 3: t. C. V, 12: de iure dotium. — Hasse, das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht. 1824. (Unvollendet). — Bechmann, das römische Dotalrecht. 2 Abth. 1863. 1867. — Czyhlarz, das römische Dotalrecht. 1870.

A. § 331. Begriff der Dos.

Vangerow, §§ 215. 221.

Dos (Heirathgut, Brautgabe, Mitgift) ist Alles, was von der Frau oder für sie von einem Anderen[1] dem Manne (falls er in väterlicher Gewalt ist, seinem Vater)[2] als Beitrag behufs Bestreitung der ehelichen Lasten[3] zugewendet wird. Die Tragung der ehelichen Lasten liegt nämlich, falls nicht ein Anderes verabredet ist[4], dem Manne als dem Haupte der Ehe ob[5], und er muß namentlich der Frau, selbst wenn sie eigenes Vermögen hat, standesgemäßen Unterhalt geben[6]; allein da die Frau selbst resp. in ihren Kindern einen Theil der Kosten verursacht, so ist es billig (für die Frau sogar eine sittliche Pflicht)[7], dem Manne einen Beitrag hiezu zukommen zu lassen. Der Beitrag ist kein Geschenk an den Mann[8]; vielmehr liegt der Grund der Dosbestellung bei der sog. dos necessaria (§ 329) in der Absicht, eine gesetzliche Schuld zu tilgen, bei der dos voluntaria in der Absicht, die sittliche Pflicht der Frau zu erfüllen, also wenn ein Dritter die Dos bestellt, in der Absicht, die Frau zu beschenken[9]. Die Dos kann ebenso mannigfaltig wie ein Geschenk sein (§ 68 nach III); sie kann geschehen durch Zuwendung von Eigenthum[10] und Besitz[11] an körperlichen Sachen, durch Zuwendung dinglicher Rechte[12], durch Verzicht

[1] l. 5. § 11. l. 9. pr. l. 29. l. 44. D. h. t. 23, 3; l. 9. C. de pact. conv. 5, 14. — [2] l. 27. D. h. t. 23, 3. — [3] l. 56. § 1. l. 76. D. h. t. 23, 3; l. 16. pr. D. de pec. castr. 49, 17; l. 11. D. de pact. dot. 23, 4; l. 46. D. fam. erc. 10, 2; l. 65. § 16. D. pro soc. 17, 2; l. 20. C. h. t. 5, 12. — [4] l. 4. D. de pact. dot. 23, 4. — [5] l. 7. pr. D. h. t. 23, 3; l. 20. C. h. t. 5, 12; l. 65. § 16. D. pro soc. 17, 2. — [6] l. 21. pr. § 1. l. 28. §§ 6. 7. l. 31. § 8. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 11. C. eod. 5, 16. — [7] l. 32. § 2. D. de cond. ind. 12, 6. — [8] l. 21. § 1. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 19. D. de o. et a. 44, 7; l. 25. § 1. D. quae in fr. cr. 42, 8; l. 11. § 13. D. qu. m. pign. 20, 6. — [9] l. 33. i. f. l. 43. § 1. D. h. t. 23, 3; l. 25. § 1. D. quae in fr. cr. 42, 8; l. 31. pr. C. h. t. 5, 12; l. un. § 13. C. de rei ux. a. 5, 13. — [10] l. 7. § 3. D. h. t. 23, 3; l. 47. § 6. D. de pec. 15, 1. — [11] l. 12. pr. D. de publ. a. 6, 2; l. 6. § 1. D. h. t. 23, 3. — [12] l. 7. § 2. l. 66. l. 78. § 2. D. h. t. 23, 3; l. 57. D. sol. matr. 24, 3.

auf dingliche Rechte[13], durch Uebertragung einer bereits bestehenden Forderung[14], durch Begründung einer Forderung[15], durch Verzicht auf eine Forderung an den Mann[16], ja selbst durch Verzicht auf eine angefallene Erbschaft oder auf ein Vermächtniß zu Gunsten des Mannes[17]. Auch ein ganzes Vermögen kann als Dos bestellt werden[18].

B. Die Bestellung der Dos.

1) § 332. Der Act der Bestellung.

Vangerow, § 216.

Von dem Act, durch welchen die Dos bestellt wird, heißt es in einer vorjustinianischen Rechtsquelle: dos aut datur aut dicitur aut promittitur[1]. Diese Worte erschöpfen die Bestellungsweisen nicht; man muß vielmehr sagen: die Dos kann durch Hingabe, durch Versprechen und durch Vermächtniß bestellt werden.

1. Die Hingabe der Dos (datio dotis) besteht darin, daß der Gegenstand der Dos sofort und ohne vorgängiges Versprechen in das Vermögen des Mannes gebracht wird; sie ist von der numeratio dotis[2], welche die Erfüllung eines Dotalversprechens bedeutet (unten bei 2), zu unterscheiden. Nach den verschiedenen Gegenständen sind verschiedene Rechtsgeschäfte behufs Hingabe der Dos anzuwenden:

a. Besteht der Dotalgegenstand in körperlichen Sachen, deren Eigenthum der Mann erwerben soll[3], so ist das erforderliche Rechtsgeschäft die Tradition des Gegenstandes (§ 131). Oft wird unter den Parteien eine Schätzung in Gelde vorgenommen, entweder mit der Abrede, daß der Mann als Käufer der Sache angesehen und die Schätzungssumme als der eigentliche Dotalgegenstand gelten solle (sog. dos venditionis causa aestimata, in den Quellen dos aestimata), oder um, falls es späterhin einer Werthbestimmung bedürfen sollte, jedem Streit darüber vorzubeugen (sog. dos taxationis causa aestimata). Im ersteren Falle (und dieser ist im Zweifel anzunehmen) gelten durchaus die Grundsätze vom Kauf[4], es muß daher der Mann nach Aufhebung der Ehe die Schätzungssumme leisten, selbst wenn die ihm gegebenen Sachen inzwischen durch Zufall untergegangen sind[5]. Im letzteren Fall bleiben die hingegebenen Sachen der Dotalgegenstand, und die Schätzungssumme ist nach Auflösung der Ehe erst dann zu zahlen, wenn die Sachen selbst aus einem von dem Manne zu prästirenden Grunde nicht geleistet werden können[6]; es steht

---

[13] l. 78. pr. D. h. t. 23, 3; l. 57. D. sol. matr. 24, 3. — [14] l. 36. l. 37. l. 56. pr. l. 69. § 1. l. 78. § 5. l. 80. l. 83. D. h. t. 23, 3. l. 2. C. de o. et a. 4, 10. — [15] l. 20. l. 21. l. 41. § 1. l. 48. pr. l. 68. D. h. t. 23, 3. — [16] l. 41. § 2. l. 43. l. 58. § 1. D. h. t. 23, 3; l. 10. D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. — [17] l. 5. § 5. D. h. t. 23, 3; l. 14. § 3. D. de fund. dot. 23, 5. — [18] l. 72. pr. D. h. t. 23, 3; l. 4. C. h. t. 5, 12.

[1] Ulp. fr. VI. § 1. — [2] l. 1. C. de dote cauta 5, 15; l. 41. D. sol. matr. 24, 3. — [3] l. 7. § 3. D. h. t. 23, 3; l. 47. § 6. D. de pec. 15, 1. — [4] l. 10. § 5. ll. 14—16. l. 18. D. h. t. 23, 3; l. 1. l. 10. C. h. t. 5, 12; l. un. § 9. C. de rei ux. a. 5, 13. — [5] l. 10. pr. D. h. t. 23, 3; l. 51. D. sol. matr. 24, 3; s. jedoch noch § seq. Note 1. — [6] l. 69. § 7. D. h. t. 23, 3; l. 21. C. h. t. 5, 12; l. 50. D sol. matr. 24, 3.

aber in diesem Fall der Mann nicht bloß für diligentia quam in suis ein (wie die gemeine Meinung behauptet), sondern für custodia schlechthin[7] (§ 237 Note 11). In der Mitte zwischen diesen beiden Fällen steht der Fall, wo die Schätzung zwar venditionis causa geschehen, zugleich aber verabredet ist, daß nach Auflösung der Ehe dem Manne oder der Frau die Wahl zustehen solle, die Sache selbst oder deren Werth zurückzugeben resp. zu fordern; es entsteht alsdann eine alternative Obligation; den Zufall trägt immer der Mann[8]. — Ist die Schätzungssumme wegen Betruges oder wegen einer beabsichtigten Schenkung dem wahren Werth der Sachen nicht entsprechend, so sind die Parteien nicht daran gebunden, und es ist der wahre Werth zu leisten[9].

b. Soll[10] dem Mann eine Servitut, Emphyteuse, Superficies als Dos bestellt werden, so sind dabei die Regeln der §§ 167. 179. 183 zu beobachten. — Auch eine bereits bestehende Emphyteuse und Superficies kann als Dos bestellt werden, von bestehenden Servituten aber kann bloß der Ususfructus und auch dieser nur seiner Ausübung nach zur Dos bestellt werden. — Auf Servituten, Emphyteuse, Superficies, welche auf dem Eigenthume des Mannes lasten, kann der Berechtigte dotis causa verzichten. — Es kann endlich auch die Befugniß zur Fruchtziehung in dem Sinn als Dos bestellt werden, daß die Früchte selbst Dotalgegenstand sein sollen, so daß dem Mann bloß die Zinsen aus dem Erlös der Früchte zu Gute kommen[11].

c. Forderungen an dritte Personen werden dem Mann durch Cession oder Delegation zur Dos bestellt; ist der Mann selbst der Schuldner, so ist ein Schulderlaß nöthig[12].

d. Besteht die Dos in einem ganzen Vermögen, so sind je nach dessen einzelnen Bestandtheilen verschiedene Rechtsgeschäfte anzuwenden. Es findet übrigens in diesem Falle keine Universalsuccession zwischen dem Manne und dem Besteller der Dos statt, und es können sich also die Gläubiger des Dosbestellers nur an diesen halten; es muß aber der Mann dem Besteller der Dos soviel zurückgeben, als dieser zur Bezahlung der Schulden braucht[13] (§ 303 N. 5).

e. Wenn die Dosbestellung dadurch herbeigeführt werden soll, daß Jemand zu Gunsten des Mannes auf eine ihm angefallene Erbschaft oder auf ein Vermächtniß verzichtet[14], so genügt die einfache Willenserklärung.

Es besteht eine Streitfrage darüber, ob, wenn die Frau Etwas ohne Vorbehalt und ohne es besonders als Dos zu erklären in die Hand des Mannes gibt, das Uebergebene als Dos (sog. dos tacita) oder als Paraphernalgut der Frau anzusehen sei? Im Römischen Recht ist die dos tacita nur in Einem Falle anerkannt: wenn die geschiedene Frau ihren früheren Mann wieder heirathet, ohne inzwischen ihre Dos zurückverlangt

[7] l. 52. § 3. pro soc. 17, 2. — [8] l. 10. § 6. l. 11. D. h. t. 23, 3; l. 11. D. de fund. dot. 23, 5; l. 1. C. de fund. dot. 5, 23. — [9] l. 6. § 2. l. 12. pr. § 1. D. h. t. 23, 3; l. 6. C. sol. matr. 5, 18. — [10] S. zum Folgenden die Stellen in Note 12. 13. des § 331. — [11] l. 4. D. de pact. dot. 23, 4; l. 7. § 2. D. h. t. 23, 3. — [12] S. die Stellen in Note 14. 16. des § 331. — [13] S. die Stellen in Note 18. des § 331. — [14] S. die Stellen in Note 17. des § 331.

zu haben[15]; es ist kein Grund vorhanden, hievon heut abzuweichen; deshalb ist die sog. Aussteuer oder Ausstattung, welche die Frau nach allgemeiner deutscher Sitte in die Ehe bringt, nicht als Dos zu behandeln.

2. Das Dotalversprechen[16]. Dasselbe mußte nach classischem Recht in Form der stipulatio (promissio dotis) oder der dotis dictio abgegeben werden; im Justinianischen Recht ist die dotis dictio abgekommen[17], andererseits der formlose Vertrag hinzugetreten[18] (§ 209 Note 29). Im heutigen Recht genügt der formlose Vertrag. Ist im Versprechen der Gegenstand der Dos nicht näher bezeichnet, so ist nach zwei Quellenzeugnissen[19] das Versprechen giltig (favore dotis, § 63) und es ist die Größe vom Richter bei dotationspflichtigen Personen (§ 329) nach Maßgabe ihrer Dotationspflicht, sonst nach billigem Ermessen zu bestimmen; in einem dritten Quellenzeugniß[20] hingegen wird ein solches Versprechen als allzu unbestimmt für nichtig erklärt (§ 208 N. 11); die verschiedenen Versuche, diesen Widerspruch zu heben, haben keinen allgemeinen Beifall erlangt, und man muß favore dotis der ersten Vorschrift den Vorzug geben. — Die Erfüllung des Versprechens kann der Mann jedenfalls sofort mit Eingehung der Ehe verlangen; verlangt er sie nicht, so haftet der Schuldner nach Ablauf von zwei Jahren auf die Früchte resp. auf vierprocentige (heut fünfprocentige) Zinsen von diesem Zeitpunkte an, auch wenn er nicht in Mora ist (§ 42 Note 24). Der Schuldner hat in gewissen Fällen gegenüber dem Mann das benef. competentiae (§ 228 Note 13). Der Mann hat zu Gunsten seiner Forderung ein Legalpfandrecht am Vermögen des Schuldners (§ 190 Note 17).

2. Das Vermächtniß[21]. Vorausgesetzt wird ein Vermächtniß an den Mann; ein Vermächtniß an die Frau mit der Bestimmung, das Vermachte als Dos zu bestellen, enthält keine Dosbestellung, sondern gibt Anlaß zu einer Dosbestellung; dasselbe gilt von der Auflage an den Erben, für ein bestimmtes Mädchen im Fall ihrer Verheirathung eine Dos zu bestellen[22].

Hinsichtlich der angeblichen pollicitatio dotis vgl. § 211 Note 6. 7.

2) § 333. Die Zeit der Bestellung.

Die Dos kann vor wie nach Eingehung der Ehe bestellt werden.

1. Wird die Dos vor Eingehung der Ehe bestellt, so fragt es sich
a. gelangt der Gegenstand sofort ins Vermögen des Mannes?
b. erlangt der Gegenstand sofort den dotalen Charakter?

ad a. In Bezug hierauf ist lediglich die Intention der Parteien maßgebend; es finden jedoch einige Vermuthungen statt. Wird nämlich die Dos durch Hingabe bestellt, so wird bei der dos venditionis causa aestimata im Zweifel angenommen, daß, wie der Eigenthumsübergang bis zur Zahlung des Kaufpreises, so die Dosbestellung bis zur Eingehung der Ehe suspensiv

---

[15] l. 13. l. 30. l. 40. l. 64. l. 69. § 2. D. h. t. 23, 3; l. 19. l. 66. § 5. sol. matr. 24, 3. — [16] t. C. 5, 11: de dotis promissione et nuda pollicitatione. — [17] Spuren davon in l. 25. l. 44. § 1. l. 46. § 1. l. 57. l. 59. pr. D. h. t. 23, 3. — [18] l. 6. C. h. t 5, 11. — [19] l. 3. C. h. t. 5, 11; l. 69. § 4. D. h. t. 23, 3. — [20] l. 1. C. h. t. 5, 11. — [21] l. 71. § 3. D. de cond. et dem. 35, 1; l. 48. § 1. D. h. t. 23, 3. — [22] l. 77. § 9. D. de leg. 2. (31); l. 43. D. de leg. 3. (32).

bedingt ist, und daß also der Eigenthumsübergang erst im Augenblick der Eingehung der Ehe stattfindet (so daß, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, der Gegenstand mit der rei vindicatio jedem Besitzer abgefordert werden kann)[1]; bei jeder anderen Dos wird im Zweifel der sofortige Eigenthumsübergang auf den Mann angenommen (so daß, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, der Gegenstand mit der cond. ob causam datorum dem früheren Bräutigam abgefordert werden kann)[2]. — Wird die Dos durch ein Versprechen bestellt, so ist im Zweifel die gerichtliche Geltendmachung des Versprechens erst mit Eingehung der Ehe zulässig, und es verliert seine Wirksamkeit, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt[3]. — Analoge Grundsätze gelten, wenn dem Bräutigam eine Forderung übertragen resp. seine eigene Schuld erlassen ist[4].

ad b. Den dotalen Charakter erlangt der Gegenstand, selbst wenn er sofort ins Vermögen des Bräutigams gebracht worden ist, dennoch erst mit dem Augenblick der Eingehung der Ehe[5]; denn die Dosbestellung geschieht unter der stillschweigenden Bedingung (§ 52 unter 1), daß die Ehe später eingegangen werde[6]. Daher sind die vom Bräutigam vor Eingehung der Ehe gezogenen Früchte nicht sein Gewinn, sondern reine Vermehrung der Dos; daher entsteht und datirt das legale Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos am Vermögen ihres Mannes erst mit dem Augenblick der Eingehung der Ehe; ausnahmsweise hat nach Römischem Recht (nicht aber nach der Reichsconcursordnung) schon die Braut wegen ihrer Dotalforderung das privil. exigendi (§ 234 Note 7).

2. Die Dos kann nach Eingehung der Ehe bestellt werden[7], und zwar selbst von der Frau[8], weil darin keine Schenkung an den Mann liegt (§ 347). Sie kann auch während der Ehe vermehrt oder verwandelt werden (permutatio dotis)[9]; namentlich kann verabredet werden, daß an Stelle einer Summe Dotalgeldes diejenigen Sachen treten sollen, welche damit angeschafft worden sind, und umgekehrt[10].

C. Rechtsverhältnisse der Dos während der Ehe.

1) § 334. Rechte des Mannes.

Vangerow, § 217.

Die Rechte des Mannes an der Dos richten sich nach dem Gegenstand der Dos und nach der Intention der Parteien. Der häufigste Fall ist, daß dem Manne körperliche Sachen zu Eigenthum gegeben werden; dieser Fall soll im Nachstehenden erörtert werden.

Als Eigenthümer erwirbt der Mann die Früchte und anderen Accessionen; die Früchte verbleiben ihm, selbst wenn sie die Kosten des ehelichen Lebens überschreiten und er muß dagegen alle Lasten der Dotal-

[1] l. 10. §§ 4. 5. l. 17. § 1. D. h. t. 23, 3. — [2] l. 7. § 1. l. 8. l. 9. pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 7. § 3. l. 8. l. 9. pr. D. h. t. 23, 3. — [3] l. 21. l. 22. l. 41. § 1. D. h. t. 23, 3. — [4] l. 43. pr. D. h. t. 23, 3. — [5] l. 3. D. h. t. 23, 3; l. 1. §§ 2. 3. D. pro dote 41, 9. — [6] l. 21. l. 23. D. h. t. 23, 3. — [7] l. 7. § 3. D. h. t. 23, 3. — [8] l. 20. C. de don. a. nupt. 5, 3. — [9] l. 19. C. de don. a. nupt. 5, 3. — [10] ll. 25—27. l. 32. D. h. t. 23, 3.

gegenstände tragen[1]; die Accessionen (dazu gehört die Hälfte des Schatzes, welchen er in einer Dotalsache findet)[2] muß er zur Dos schlagen, also nach aufgehobener Ehe mit der Dos herausgeben[3]. — Als Eigenthümer hat der Mann das freie Verwaltungsrecht der Dotalgegenstände; eine Schranke hat dasselbe jedoch daran, daß er bei der Verwaltung die diligentia quam in suis beobachten soll[4]; bei fungiblen Sachen trägt er den Casus[5]. — Als Eigenthümer kann und muß der Mann den Dotalgegenstand gegen jeden Eingriff schützen, und jede Verletzung (mit den verschiedenen Klagen: rei vindicatio, negatoria, condictio furtiva, act. legis Aquiliae u. s. w.) zu beseitigen suchen[6]. — Als Eigenthümer sollte der Mann das freie Veräußerungsrecht der Dotalgegenstände haben; er hatte es auch durchaus bis zu Augustus, seitdem hat er es nur bezüglich der Mobilien[7]; bezüglich der Immobilien bestimmte die lex Iulia de fundo dotali[8], ein Abschnitt der l. Iulia de adulteriis, daß der Mann sie nicht ohne den Willen der Frau veräußern solle; verpfänden sollte er sie selbst nicht mit dem Willen der Frau, weil darin eine verbotene Intercession Seitens der Ehefrau gelegen hätte; Justinian[9] verbot die Veräußerung selbst mit dem Willen der Frau. Seitdem[10] ist jede Veräußerung des Dotalgrundstücks Seitens des Mannes nichtig[11], sie sei eine vollständige oder partielle (durch Bestellung dinglicher Rechte oder durch Aufgeben damit verbundener Rechte)[12]; unzulässig ist auch der Beginn der Ersitzung an einem Dotalgrundstück[13], sowie der Verlust von Prädialservituten durch Nichtausübung[14]. Weil die Veräußerung nichtig ist, so kann der Mann das Dotalgrundstück selbst während bestehender Ehe von jedem Besitzer vindiciren, und einer etwaigen exc. rei venditae et traditae die replicatio l. Iuliae entgegensetzen[15]; nur kann der Erwerber das Grundstück solange retiniren, bis ihm der Mann seinen Schaden ersetzt hat. Das Verbot der Veräußerung beginnt mit dem Moment der Dosbestellung (also schon vor der Ehe, wenn die Dosbestellung vorher geschieht)[16], und es dauert bis zur Restitution der Dos (also selbst über die Ehe hinaus)[17]. Nicht unter das Verbot fällt die Veräußerung eines fundus vendit. causa aestimatus (dieser ist nicht dotal)[18], ferner nicht die Veräußerung eines zur Dos bestellten Grundstücks, welches durch giltige Umwandlung (§ 333 Note 9. 10) den dotalen Charakter verloren hat[19]; ferner nicht eine Veräußerung, welche ohne Einwilligung des Mannes geschieht (z. B. es wird das Dotalgrundstück wegen beharrlich verweigerter cautio damni infecti dem Nachbar zu-

[1] l. 7. pr. l. 10. § 3. D. de j. d. 23, 3; l. 20. C. de j. d. 5, 12. — [2] l. 7. § 12. D. sol. matr. 24, 3. — [3] l. 10. §§ 1—3. l. 69. § 9. D. de j. d. 23, 3. — [4] l. 10. § 6. l. 11. l. 17. pr. D. de j. d. 23, 3; l. 24. § 5. l. 25. § 1. D. sol. matr. 24, 3. — [5] l. 42. D. de j. d. 23, 3. — [6] l. 25. D. de act. rer. amot. 25, 1; l. 49. § 1. D. de furt. 47, 2; l. 11. C. de j. d. 5, 12. — [7] l. 3. C. de j. d. 5, 12; l. 61. D. sol. matr. 24, 3. — [8] Pauli sent. rec. II. 21 b. § 2; Gai. 2, 63. — [9] l. un. § 15. C. de rei ux. a. 5, 13; pr. I. quib. al. 2, 8. — [10] t. D. 23, 5; t. C. 5, 23: de fundo dotali. — [11] l. un. § 15. C. de rei ux. a. 5, 13; pr. I. quib. al. 2, 8; l. 42. D. de usurp. 41, 3. — [12] l. 5. l. 6. D. h. t. 23, 5. — [13] l. 16. D. h. t. 23, 5. — [14] l. 5. l. 6. D. h. t. 23, 5. — [15] l. 1. § 5. D. de exc. r. v. 21, 3. — [16] l. 4. D. h. t. 23, 5. — [17] l. 12. pr. D. h. t. 23, 5. — [18] l. 11. D. h. t. 23, 5. — [19] l. 26. l. 27. l. 56. § 3. D. de j. d. 23, 3.

gesprochen[20]; es ist ein halbes Grundstück zur Dos bestellt, und der Eigenthümer der anderen Hälfte stellt den Theilungsproceß an und erhält in demselben das ganze Grundstück zugesprochen)[21]. Wahre Ausnahmen von dem Verbot der l. Iulia finden in folgenden Fällen statt: 1) wenn die Dos nach aufgehobener Ehe nicht an die Frau resp. deren Erben fällt[22] (so bei der Dos, deren Rückfall der Besteller sich selbst vorbehalten hat); 2) nach Canonischem Recht, wenn die Frau die Veräußerung eidlich bekräftigt[23]. Hinterher wird die anfangs ungiltige Veräußerung giltig, wenn sie nach aufgehobener Ehe von der Frau resp. deren Erben genehmigt wird[24], sowie wenn die Dos auf Grund späterer Ereignisse nicht an die Frau resp. an deren Erben fällt[25] (z. B. die Frau vermacht die Dos dem Manne).

§ 335. Insbesondere von den Rechten des Mannes bei Eviction eines Dotalgegenstandes.

Vangerow, § 217.

Selbstverständlich hat der Mann bei der Eviction einer dos vendit. c. aestimata alle Rechte eines Käufers[1]. In allen übrigen Fällen kommt es auf die Bestellungsart der Dos an[2]:

1. Ist die Dos durch Versprechen bestellt worden, so hat der Mann an den Dosbesteller stets den Anspruch, daß er erfülle; denn durch die Leistung der jetzt evincirten Gegenstände ist das Versprechen nicht erfüllt worden.

2. Ist die Dos durch Hingabe bestellt worden, so hat der Mann an den Dosbesteller einen Anspruch nur dann, wenn letzterer dolos gehandelt, d. h. wissentlich einen evincirbaren Gegenstand gegeben hatte; der Anspruch ist mit der act. de dolo geltend zu machen. Ohne Dolus des Dosbestellers steht dem Manne gegen ihn niemals ein Anspruch zu, wohl aber (was Einige ohne Grund bestreiten) der Frau dann, wenn der Besteller zur Bestellung gesetzlich verpflichtet war: er muß seine gesetzliche Verpflichtung erfüllen.

Einige Juristen leugnen die Zulässigkeit dieser Unterscheidung, indem sie behaupten, daß das Dosversprechen denselben Grundsätzen wie die Hingabe der Dos unterliege; dies ist gegen die Quellen.

2) § 336. Rechte der Frau.

Vangerow, § 218.

Die Frau hat ein Recht darauf, daß der Ertrag der Dos seiner Bestimmung gemäß verwendet werde, und die Dos selbst ihrem Zweck erhalten bleibe; daher kann sie die Dos schon während der Ehe zurückfordern, wenn der Mann sie verschleudert[1], oder wenn er in Vermögensverfall geräth[2]; sie überkommt, wenn die Dos ihr zurückgegeben ist,

[20] l. 1. pr. D. h. t. 23, 5. — [21] l. 78. § 4. D. de j. d. 23, 3; l. 2. C. h. t. 5, 23. — [22] l. 3. § 1. D. h. t. 23, 5. — [23] c. 28. X. de jurej. 2, 24. — [24] l. 77. § 5. D. de leg. 2. (31). — [25] l. 17. D. h. t. 23, 5; l. 42. D. de usurp. 41, 3.

[1] l. 16. l. 34. D. de j. d. 23, 3. — [2] l. 1. C. de j. d. 5, 12; l. 69. § 7. D. de j. d. 23, 3.

[1] l. 22. §§ 8. 9. D. sol. matr. 24, 3. — [2] l. 24. pr. D. sol. matr. 24, 3; l. 29. C. de j. d. 5, 12.

dieselben Pflichten, welche der Mann bisher hatte[3]. Die Frau hat ferner **sehr häufig** die Anwartschaft auf die Dos nach Aufhebung der Ehe; gerade deshalb sieht man sie in gewissen Beziehungen schon während der Ehe als Eigenthümerin an: sie kann, wenn sie einen Gegenstand als Dos bestellt hatte, welchen sie vom Nichteigenthümer gekauft, und welcher nunmehr dem Manne evincirt wird, von dem Verkäufer die Leistung des Interesses fordern[4]; es wird die Vorschrift, daß Grundeigenthümer in Processen von Realcautionen befreit sind (§ 76 Note 8), auch auf die Frau angewendet, wenn ein Grundstück zur Dos gehört[5]; es wird die minderjährige Frau, wenn sie der Vater bei Abschließung eines Dotalvertrages (§ 344) zu Abreden bestimmte, welche ihr nachtheilig sind, dagegen in integrum restituirt[6]; es wird dem Vater, welcher seiner Haustochter eine Dos bestellt, und später zur Erbschaft seines Vaters berufen wird, nicht zugemuthet, die Dos der Tochter zu conferiren[7]; umgekehrt muß die Tochter bei Beerbung des Vaters die Dos conferiren, trotzdem die Ehe noch besteht[8]; es lasten die Kosten für die Beerdigung der Frau auf der Dos als eine Nachlaßschuld[9] (§ 310 N. 6). Alle diese Umstände riefen schon bei den classischen Juristen, obschon sie regelmäßig den Mann als Eigenthümer der Dotalsachen bezeichnen, die **ungenaue** Ausdrucksweise hervor, daß die Dos der Frau gehöre[10], und Justinian[11] stellt sogar die verkehrte Behauptung auf, daß das Eigenthum des Mannes nur legum subtilitate stattfinde, während ex naturali iure die Frau die Eigenthümerin der Dotalgegenstände sei.

D. Die Dos nach aufgehobener Ehe.

1) § 337. Historische Einleitung.

Baron, Gesammtrechtsverhältnisse, § 37. (S. 392—406). 1864.

Das Schicksal und die Behandlung der Dos nach aufgehobener Ehe ist durch Justinian[1] wesentlich geändert worden. Zum Verständniß der Quellen, welche zum größten Theil der vorjustinianischen Zeit angehören, sowie zum Verständniß der von Justinian getroffenen Aenderungen ist eine historische Einleitung nothwendig.

I. **Nach vorjustinianischem Rechte** sind zwei Hauptfälle zu unterscheiden: Schicksal und Behandlung der Dos sind verschieden, je nachdem bei der Bestellung der Besteller sich den Rückfall der Dos nach aufgehobener Ehe ausbedungen hat oder nicht.

A. **Der Rückfall der Dos nach aufgehobener Ehe ist durch Dotalvertrag ausbedungen worden** (die Dos heißt alsdann recepticia)[2]. Der Besteller kann die Dos sich selbst oder (als Ascendent) auch der Frau oder deren Descendenten ausbedingen[3] (§ 217

[3] l. 29. C. de j. d. 5, 12; Nov. 97. c. 6. pr. — [4] l. 75. D. de j. d. 23, 3. — [5] l. 15. § 3. D. qui satisd. 2, 8. — [6] l. 3. § 5. D. de min. 4, 4. — [7] l. 4. D. de coll. bon. 37, 6. — [8] l. 1. § 6. l. 5. § 1. l. 9. D. de dot. coll. 37, 7. — [9] l. 16. D. de relig. 11, 7. — [10] l. 3. § 5. D. de min. 4, 4; l. 71. D. de ev. 21, 2; l. 75. D. de j. d. 23, 3; l. 4. D. de coll. 37, 6; l. 7. § 12. l. 24. § 5. sol. matr. 24, 3. — [11] l. 30. C. de j. d. 5, 12.

[1] Ju l. un. C. de rei ux. a. 5, 13. — [2] Ulp. fr. VI, 5. — [3] l. 45. D. sol. matr. 24, 3; l. 7. C. de pact. conv. 5, 14.

N. 12); die Form des Dotalvertrages mußte früher die Stipulation sein, erst in der Kaiserzeit erkannte man bei der Hingabe der Dos das formlose Versprechen als genügend an[4]; die Klage des Rückforderungsberechtigten ist daher in der Regel die act. ex stipulatu, eine act. stricti iuris, bei deren Geltendmachung keine Rücksicht darauf genommen wird, daß der Mann durch rigorose Durchführung der Forderung in Verlegenheiten gerathen kann; vielmehr muß der Mann die Dos

1. stets zurückgeben; er lucrirt sie nie;

2. ganz zurückgeben; er kann keine Abzüge davon machen außer wegen nothwendiger Verwendungen, von welchen der Grundsatz gilt: impensae necessariae dotem ipso iure minuunt; er hat kein benef. competentiae;

3. sofort nach aufgehobener Ehe zurückgeben; er hat keine Stundungsfrist;

4. wird die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt, und hinterläßt er etwas der Frau, so müssen seine Erben daneben die Dos voll auszahlen[5].

B. Der Rückfall der Dos nach aufgehobener Ehe ist nicht ausbedungen worden (dos non recepticia). Dann treten die gesetzlichen Bestimmungen ein, denen sichtlich das Bestreben zu Grunde liegt, billige Rücksicht auf den Mann resp. auf seine Erben walten zu lassen; die Klage, welche in diesem Falle anzustellen ist und welche actio rei uxoriae heißt, wird deshalb zu den actiones bonae fidei gerechnet[6]. Es braucht nämlich der Mann die Dos

1. Nicht stets zurückzugeben; vielmehr lucrirt er, wenn die Ehe durch den Tod der Frau beendet wird, die dos adventicia stets, die dos profecticia dann, wenn der Besteller nicht mehr lebt; lebt letzterer, so erhält dieser die dos prof. (gleichviel ob die Frau in seiner Gewalt stand oder nicht, gleichviel ob die Frau Kinder hinterließ oder nicht); doch kann ihm der Mann für jedes Kind aus der Ehe ein Fünftel abziehen (retentio propter liberos)[7]. Zurückgegeben wird die Dos stets dann, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes oder durch Scheidung aufgehoben wird, und zwar:

a. an die Frau allein, wenn sie sui iuris ist; gleichgiltig ist es, ob die Dos profecticia oder adventicia ist; stirbt jedoch die Frau, ohne den Mann in Mora versetzt zu haben, so lucrirt dieser die Dos[8];

b. an die Frau und deren Vater zusammen, wenn erstere noch in der Gewalt des letzteren steht; gleichgiltig ist, ob die Dos profecticia oder adventicia ist. Die gemeinsame Berechtigung des Gewalthabers und der Frau wird in den Quellen mit den Worten bezeichnet: dos fit communis patri et filiae[9]; im Einzelnen ist bestimmt: Gewalthaber und Frau können in der Regel nur gemeinschaftlich klagen, delegiren,

[4] l. 1. C. de pact. conv. 5, 14; l. 6. C. de j. d. 5, 12; l. un. § 13. C. de rei ux. a. 5, 13. — [5] l. un. § 3. C. de rei ux. a. 5, 12. — [6] l. un. § 2. C. de rei ux. a. 5, 13; § 29. I. de act. 4, 6. — [7] Ulp. fr. VI, 3—5; Vat. fr. § 108; l. un. § 6. C. de rei ux. a. 5, 13. — [8] Ulp. fr. VI, 7. — [9] l. 2. § 1. l. 3. l. 22. § 1. D. sol. matr. 24, 3; l. 34. § 6. D. de sol. 46, 3.

Zahlung empfangen[10]; bei dem Tode des Gewalthabers fällt die Dos nicht an seine Erben, sondern an die Frau[11], bei dem Tode der Frau fällt die Dos an den Gewalthaber allein[12], bei der Emancipation der Frau erhält diese sie allein[13]. Man streitet darüber, unter welchen technischen Begriff die gemeinsame Berechtigung des Gewalthabers und der Frau zu subsumiren sei; Einige halten den Gewalthaber für den alleinigen Berechtigten, jedoch beschränkt durch das Zustimmungsrecht der Frau; Andere stellen die gerade entgegengesetzte Meinung auf; nach der Ansicht des Verfassers dieses Lehrbuches ist ein Gesammtrechtsverhältniß vorhanden: Gewalthaber und Frau sind zusammen, als wenn sie Eine Person wären, berechtigt; eine Theilberechtigung der Frau und des Gewalthabers findet nicht statt; durch den Wegfall des Einen löst sich die Gesammtberechtigung in eine Alleinberechtigung des Anderen auf.

2. Nicht ganz zurückzugeben; vielmehr kann der Mann aus vielen Gründen Abzüge machen (retentio propter liberos, mores, impensas utiles, res donatas, res amotas)[14]; auch hat er das benef. competentiae[15].

3. Nicht sofort zurückzugeben; vielmehr kann der Mann die fungiblen Sachen in drei Drittheilen nach einem, zwei, drei Jahren (annua, bima, trima die) zurückgeben[16].

4. Nach dem prätorischen edictum de alterutro kann die Frau, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes beendet wird und der letztere der Frau etwas hinterlassen hat, nicht die Dos und das Hinterlassene zusammen fordern, sondern sie hat nur die Wahl zwischen Beidem[17].

II. In l. un. C. de rei uxoriae actione V, 13 hob Justinian die act. rei uxoriae auf; er bestimmte, es solle die Dos stets mit einer act. ex stipulatu zurückgefordert werden, selbst wenn eine Stipulation wegen Rückgabe der Dos nicht abgeschlossen worden sei[18]; für diese (neue) act. ex stipulatu sollen jedoch in der Regel die Grundsätze der aufgehobenen act. rei uxoriae dann gelten, wenn sie der Frau vortheilhafter sind als die Grundsätze der act. ex stipulatu, und es solle daher insoweit die neue act. ex stipulatu die Natur einer bonae fidei actio haben[19]. Auf Grund dieser Principien traf Justinian folgende einzelne Anordnungen: das Lucriren der Dos Seitens des Mannes (oben B. 1.) ist aufgehoben[20]; die retentiones ob liberos, mores, impensas utiles, res donatas, res amotas (oben B. 2.) sind aufgehoben[21]; das ed. de alterutro (oben B. 4.) ist aufgehoben[22]; der Mann hat immer das benef. competentiae (oben A. 2. und B. 2.)[23]; die Rückgabe der Dos soll bei Immobilien sofort, sonst nach einem Jahr erfolgen[24]; wenn die Ehe bei dem Tode des Vaters noch besteht, so fällt der Anspruch auf die Dos (selbst auf die profecticia) an die Frau allein (wie bei der

---

[10] l. 2. § 1. l. 3. l. 22. §§ 1. 3. l. 66. § 2. D. sol. matr. 24, 3; l. 34. § 6. D. de sol. 46, 3. — [11] l. 66. § 2. l. 4. D. sol. matr. 24, 3; l. un. § 14. C. de rei ux. a. 5, 13. — [12] l. 25. pr. D. rat. rem. 46. 8. — [13] l. 22. § 5. l. 2. § 1. i. f. D. sol. matr. 24, 3. — [14] Ulp. fr. VI, 9—17. — [15] l. un. § 7. C. de rei ux. a. 5, 13. — [16] Ulp. fr. VI, 8. — [17] l. un. § 3. C. de rei ux. a. 5, 13. — [18] l. un. pr. cit. — [19] l. un. § 2. cit.; § 29. I. de act. 4, 6. — [20] l. un. § 4. cit. — [21] l. un. § 5. cit. — [22] l. un. § 3. cit. — [23] l. un. § 7. cit. — [24] l. un. § 7. cit.

act. rei uxoriae), nicht an die Erben des Vaters[25]; wird die Ehe bei Lebzeiten des Gewalthabers und der Tochter aufgelöst, so bleibt die Dos communis patri et filiae[26]; wenn Derjenige, welcher die Frau nicht in seiner Gewalt hat, ihr eine Dos bestellt und sich dabei den Rückfall nicht ausbedingt, so ist die Frau rückforderungsberechtigt[27].

2) Heutiges Recht.

t. D. XXIV, 3: soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. — l. un. C. V, 13: de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita.

Vorbemerkung.

Ist ein besonderer Vertrag über die Rückgabe der Dos abgeschlossen worden, so gelten dessen Bestimmungen, so weit sie sich innerhalb der gesetzlich gezogenen Grenzen bewegen (§ 344). Die nachstehend in den §§ 338—343 auseinanderzusetzenden Grundsätze treten nur dann ein, wenn es an besonderen Vertragsbestimmungen fehlt.

a. § 338. Der Rückforderungsberechtigte.

Vangerow, § 220.

1. Justinianisches Recht. Die Frage, wem die Dos nach Aufhebung der Ehe zurückzuleisten ist, muß verschieden beantwortet werden, je nachdem die Ehe durch den Tod der Frau oder bei ihren Lebzeiten (durch Tod des Mannes oder Scheidung) aufgehoben wird.

a. Im ersten Falle fällt die dos adventicia stets an die Erben der Frau[1], die dos profecticia dann, wenn der Besteller nicht mehr lebt[2]. Lebt der Besteller, so erhält er die dos profecticia, wenn er die Frau bei der Dosbestellung in der Gewalt hatte[3]; er erhält sie (nach der richtigen Meinung des Glossator Bulgarus) selbst dann, wenn die Frau Kinder hinterlassen hat; für die entgegengesetzte Meinung (des Glossator Martinus) kann kein Quellenzeugniß angeführt werden. Hatte der Besteller bei der Dosbestellung die Frau nicht mehr in der Gewalt, so steht ihm nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinians das Rückforderungsrecht nicht zu, sondern den Erben der Frau[4]; doch wird diese Bestimmung von den Meisten übersehen, sie sprechen vielmehr (gestützt auf einige Stellen in den Digesten, welche durch Unachtsamkeit der Compilatoren aufgenommen worden sind)[5] dem Besteller das Rückforderungsrecht zu.

b. Im zweiten Fall fällt die Dos (sowohl die profecticia als die adventicia) an die Frau, falls sie sui iuris ist[6]; ist sie noch in der Gewalt, so gilt der Grundsatz: dos fit communis patri et filiae; es gelten demnach die oben § 337 Note 9—13 aufgeführten Grundsätze, zu denen Justinian noch die Vorschrift hinzufügte, der Vater müsse bei einer neuen Heirath der Tochter die früheren Dotalgegenstände in unversehrtem Um-

---

[25] l. un. § 11. cit. — [26] l. un. § 14. cit. — [27] l. un. § 13. cit.

[1] l. un. § 6. C. h. t. 5, 13. — [2] l. un. § 6. C. h. t. 5, 13. — [3] l. un. § 13. i. f. C. h. t. 5, 13; l. 6. pr. D. de j. d. 23, 3. — [4] l. un. § 13. i. f. C. h. t. 5, 13. — [5] l. 71. D. de ev. 21, 2; l. 10. pr. l. 59. D. sol. matr. 24, 3; l. 5. D. de div. 24, 2. — [6] l. un. § 4. C. h. t. 5, 13.

fange als Dos bestellen, es sei denn, daß unterdeß sein Vermögen sich bedeutend gemindert hat[7].

2. Heutiges Recht. Im Mittelalter bildete sich der Rechtssatz, daß die heirathende Frau von der väterlichen Gewalt befreit wird (§ 366). Man muß demnach für das heutige Recht folgende Grundsätze aufstellen: die Dos fällt an die Frau, wenn die Ehe bei Lebzeiten der Frau (sei es durch Tod des Mannes, sei es durch Scheidung ohne Schuld der Frau) aufgehoben wird (oben N. 6); sie fällt an die Erben der Frau, wenn die Ehe durch den Tod der Frau beendigt wird (oben N. 1. 4); sie fällt an den Mann resp. an ihn und die Kinder, wenn die Ehe durch Scheidung wegen Schuld der Frau aufgehoben wird (§ 349).

b. § 339. Gegenstand der Restitution.

Im Allgemeinen hängt der Gegenstand der Restitution davon ab, was als Dos bestellt worden ist.

1. Geldsummen und andere vertretbare Sachen sind in gleicher Quantität und Qualität zurückzugeben (denn der Mann trägt den Casus)[1].

2. Unvertretbare Sachen sind individuell zurückzugeben, und es haftet der Mann auf das Interesse, wenn er durch sog. culpa in concreto sie gar nicht oder nicht unversehrt herausgeben kann[2]; er haftet auch, wenn er sie veräußert hat[3], und zwar, wenn dies mit Genehmigung des Rückforderungsberechtigten geschah, bloß auf den Erlös[4].

3. Bestand die Dos aus einem dem Manne bestellten dinglichen Rechte, so muß dieses dem Rückforderungsberechtigten zugewendet werden. Bei einem Usus fructus insbesondere kommt es darauf an, ob der Rückforderungsberechtigte Eigenthümer der dienenden Sache ist oder nicht; im ersteren Fall muß der Mann auf den Usus fructus verzichten[5]; im letzteren Fall muß er die Ausübung des Usus fructus dem Rückforderungsberechtigten übertragen[6]. — Bestand die Dos in dem Verzicht des Bestellers auf einen Usus fructus, welcher ihm an der Sache des Mannes zustand, so muß der Mann den Usus fructus wieder bestellen, wenn nicht etwa der ehemalige Usufructuar inzwischen gestorben ist[7]. — Ueberall haftet der Mann für sog. culpa in concreto.

4. Bestand die Dos in einer Forderung, welche der Mann durch Cession oder Delegation oder durch Dotalversprechen erworben hatte, und ist diese erfüllt worden, so muß der Mann das Empfangene dem Rückforderungsberechtigten leisten[8]. Ist die Forderung noch nicht erfüllt, so kommt es darauf an, ob der Rückforderungsberechtigte selbst oder ein Dritter der Schuldner ist; im ersteren Fall muß der Ehemann die Forderung dem Rückforderungsberechtigten erlassen[9], im letzteren Fall muß er sie ihm zurück cediren[10].

---

[7] Nov. 97. c. 5.

[1] l. 42. D. de j. d. 23, 3. — [2] l. 18. § 1. l. 24. § 5. l. 25. §§ 1—4. l. 55. l. 66. pr. D. h. t. 24, 3. — [3] l. 50. D. h. t. 24, 3. — [4] l. 32. D. de j. d. 23, 3. — [5] l. 78. § 2. D. de j. d. 23, 3; l. 57. D. sol. matr. 24, 3. — [6] l. 66. D. de j. d. 23, 3; l. 57. D. sol. matr. 24, 3. — [7] l. 78. pr. §§ 1. 3. D. de j. d. 23, 3; l. 57. D. sol. matr. 24, 3. — [8] l. 44. § 1. D. h. t. 24, 3; l. 48. § 1. D. de j. d. 23, 3. — [9] l. 41. § 4. D. de j. d. 23, 3; l. 30. § 1. l. 66. § 7. D. h. t. 24, 3. — [10] l. 41. § 1. D. h. t. 24, 3.

5. Bestand die Dos in dem Verzicht des Bestellers auf eine Forderung an den Mann, so muß der Mann, wenn die Forderung inzwischen fällig geworden wäre, ihren Gegenstand leisten, entgegengesetzten Falles die Forderung wiederherstellen[11].

§ 340. Die Nebensachen.

Vangerow, § 220.

Mit der Hauptsache muß der Mann allen Zuwachs der Dos herausgeben, sowohl den natürlichen (Alluvion, Windbrüche) als den juristischen (die Hälfte des auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes, den Ususfructus, welcher zu der als Dos bestellten nuda proprietas während der Ehe zurückgekehrt ist)[1]; dasselbe gilt von den Früchten, welche der Mann vor Eingehung der Ehe gezogen hat[2]. Was aber die während und nach Beendigung der Ehe gezogenen Früchte betrifft, so ist sowohl bei natürlichen als bei bürgerlichen Früchten das Dotaljahr entscheidend. (Anders beim Nießbrauch, § 159 Note 6—9.) Das Dotaljahr beginnt mit dem Tage der Ehe, wenn die Dos vorher bestellt worden ist, sonst mit dem Tage der Dosbestellung[3]; es läuft bis zum entsprechenden Tage des folgenden Jahres. Dauert die Ehe ein ganzes Dotaljahr oder mehrere hindurch, so gehören dem Manne alle Früchte dieses Zeitraumes; wird die Ehe mitten in einem Dotaljahr aufgehoben, so sind die Früchte zwischen dem Rückforderungsberechtigten und dem Manne nach Verhältniß der Zeit, während welcher die Ehe in diesem Dotaljahr bestand, zu vertheilen, so daß nach Umständen der Mann von den während des laufenden Dotaljahres gewonnenen Früchten einen Theil herausgeben muß oder von den erst später zu beziehenden einen Theil noch fordern kann[4].

Die Quellen enthalten ein Beispiel, welches an einem Rechenfehler zu leiden scheint[5]: Eine Ehe ist am 1. October zur Zeit der Weinlese eingegangen und zugleich ein Weinberg als Dos bestellt worden; der Mann macht die Weinlese und verpachtet am 1. November das Grundstück; am 31. Januar erfolgt die Scheidung; alsdann soll (— so entscheidet Ulpian —) der Ertrag der Weinlese und ein vierteljährlicher Pachtzins addirt und von der Summe dem Manne ein Drittel gegeben werden. Nur wenige Romanisten halten diese Entscheidung für richtig; den Meisten scheint sie dem Manne zu Viel zu gewähren; dem Verfasser dieses Lehrbuches scheint sie dem Manne zu wenig zuzusprechen; denn da die Früchte des Dotaljahres in dem Ertrag der Weinlese und in $^{11}/_{12}$ des Pachtzinses bestanden, so hätte dieses beides addirt und von der Summe dem Manne ein Drittel zugesprochen werden müssen. Es muß jedoch bemerkt werden, daß der oben bei Note 3 dargestellte Begriff des Dotaljahres nicht allgemein anerkannt ist; nach der herrschenden Meinung soll vielmehr bei dem letzten Ehejahr auf die einzelnen Fruchtjahre gesehen und der Ertrag derselben je nach der Zeit, während welcher die Ehe in den beiden Fruchtjahren bestand, ver-

[11] l. 12. § 2. l. 43. § 1. D. de j. d. 23, 3.

[1] l. 4. l. 10. §§ 1. 2. l. 65. D. de j. d. 23, 3; l. 7. § 12. D. h. t. 24, 3; l. un. § 9. D. h. t. 5, 13. — [2] l. 7. § 1. l. 47. D. de j. d. 23, 3. — [3] l. 5. l. 6. D. sol. matr. 24. 3. — [4] l. un. § 9. C. h. t. 5, 13; ll. 5—8. D. h. t. 24, 3. — [5] l. 7. § 1. D. h. t. 24, 3.

theilt werden; die Anhänger dieser Meinung sind es, welche die oben angeführte Entscheidung als dem Manne über Gebühr günstig ansehen, und welche behaupten, es komme dem Manne bloß $^1/_{12}$ der Weinlese und $^1/_4$ des jährlichen Pachtzinses zu.

§ 341. Die Gegenansprüche.

Vangerow, § 221.

Gegenansprüche des Mannes können nicht aus den auf Erzeugung und Erhebung der Früchte verwendeten Kosten entspringen (denn diese muß der Mann selbst tragen; nur kann er sie, wenn er Früchte zu restituiren hat, von diesen in Abzug bringen)[1]. Ebensowenig können sie aus der Bestreitung der öffentlichen Abgaben und der Unterhaltungskosten der Dotalgegenstände hervorgehen[2] (auch diese muß der Mann tragen). Sie entstehen nur aus anderen Verwendungen auf die Dotalgegenstände. Von nothwendigen Verwendungen heißt es: impensae necessariae ipso iure dotem minuunt[3]; dieser Satz ist jedoch (wie die späteren classischen Juristen selbst bemerken)[4] nur bei einer Dos in Geld wörtlich zu verstehen; bei anderen Dotalsachen bedeutet er, daß der Mann bis zum Ersatz der nothwendigen Verwendungen ein Retentionsrecht ausüben könne. Wegen nützlicher Verwendungen kann der Mann seit Justinian kein Retentionsrecht mehr an der Dos ausüben; er kann sie nur auf dem Wege der Klage (act. mandati resp. negotiorum gestorum contraria) gerichtlich geltend machen[5]. Wegen der impensae voluptariae hat der Mann schon nach vorjustinianischen Rechte bloß das ius tollendi, selbst wenn er sie mit Zustimmung der Frau gemacht hat[6]; Justinian hat dies bestätigt[7].

c. § 342. Ort und Zeit der Rückgabe.

Vangerow, § 218. Anm. 2.

1. Der Ort der Rückgabe bestimmt sich (abgesehen von Immobilien) nach dem Wohnort des Mannes[1].

2. Zeit der Rückgabe. Grundstücke müssen sofort nach aufgehobener Ehe zurückgegeben werden, Mobilien (namentlich Geldsummen) und Incorporalien nach einem Jahr; doch gebühren die Einkünfte dieses Jahres bei Mobilien dem Rückforderungsberechtigten. Ist der Schuldner säumig, so treten die gewöhnlichen Folgen der Mora ein; bei solchen Mobilien und Incorporalien aber, welche keine Einkünfte gewähren, muß er vier (heut fünf) Procent ihres Schätzungswerthes als Schaden ersetzen[2]. — Während der Ehe muß der Mann im Falle seiner Verarmung

---

[1] l. 3. § 1. l. 16. D. de imp. in res dot. 25, 1; l. 7. pr. § 16. D. sol. matr. 24, 3. — [2] l. 15. D. de imp. in res dot. 25, 1. — [3] l. 5. D. de imp. in res dot. 25, 1; l. 61. D. de rit. nupt. 23, 2; l. 4. § 2. D. de pact. dot. 23, 4; l. 1. § 4. l. 5. D. de dot. prael. 33, 4; l. un. § 5. C. h. t. 5, 13; § 37. I. de act. 4, 6. — [4] l. 5. D. de imp. in res dot. 25, 1; l. 1. § 4. D. de dot. prael. 33, 4; l. 56. § 3. D. de j. d. 23, 3. — [5] l. un. § 5. C. h. t. 5, 13. — [6] l. un. § 5. C. h. t. 5, 13; l. 7. pr. l. 9. l. 11. pr. l. 14. § 2. D. de imp. in res dot. 25, 1. — [7] l. un. § 5. i. f. C. h. t. 5, 13.

[1] l. 65. D. de jud. 5, 1. — [2] l. un. § 7. C. de rei ux. act. 5, 13; l. 24. § 2. D. sol. matr. 24, 3.

oder Verschwendung die Dos seiner Frau zurückgeben[3]; er kann sie auch dann zurückgeben, wenn die Rückgabe im Interesse der Frau liegt (z. B. sie wird von ihren Gläubigern gedrängt, sie will ein Grundstück kaufen) oder wenn besondere sittliche Motive vorliegen (z. B. sie will nahe Verwandte unterstützen, aus der Gefangenschaft loskaufen)[4]; abgesehen von diesen Fällen bindet die Rückgabe der Dos während der Ehe weder den Mann noch den Rückforderungsberechtigten: jener kann sie als verbotene Schenkung behandeln (§ 347) und die Dos wiederfordern; dieser kann die Dos nach aufgehobener Ehe einfordern[5].

d. § 343. Die Klagen.

Vergleiche die bei § 231 citirte Literatur.

Der Rückforderungsberechtigte kann seinen Anspruch stets gegen Denjenigen, welchem die Dos bestellt worden ist, mit einer persönlichen Klage, zuweilen gegen jeden Besitzer von Sachen des Mannes sowie von gewissen Dotalsachen mit dinglichen Klagen gerichtlich geltend machen.

1. Die persönliche Klage (vor Justinian die act. rei uxoriae) wird von Justinian act. ex stipulatu genannt[1]; man ist einig, daß diese Bezeichnung unpassend ist, da die Klage ohne allen Vertrag kraft gesetzlicher Vorschrift stattfindet. Die Klage ist gegen Denjenigen, welchem die Dos bestellt ward, also gegen den Mann resp. (wenn er in väterlicher Gewalt stand und seinem Vater die Dos bestellt ward) gegen seinen Vater zu richten. Gegen die Klage steht dem Manne, seinen Kindern (wenn sie als Erben belangt werden), seinem Vater das benef. competentiae zu (§ 228). Behufs Begründung der Klage ist die Bestellung der Dos zu beweisen. Ein nach Abschluß der Ehepakten (instrumentum dotale, nuptiale) über den Empfang der Dos ausgestellter Schein hat von Anfang an volle Beweiskraft[2]; wird hingegen in den Ehepakten selbst ein Empfangsbekenntniß abgegeben, so beginnt nach Römischem Recht die Beweiskraft (ähnlich dem Schuldschein über ein Darlehn, § 231) nicht sofort mit der Abfassung der Ehepakten, sondern erst nach Ablauf einer bestimmten Frist[3]; diese Frist betrug vor Justinian stets ein Jahr von der Auflösung der Ehe an; seit Justinian beträgt sie ein Jahr, wenn die Ehe höchstens zwei Jahre gedauert hat; drei Monate, wenn die Ehe zwei bis zehn Jahre gedauert hat; bei Ehen von mehr als zehnjähriger Dauer ist die Beweiskraft durch keine Frist mehr suspendirt; ist der Mann bei Eingehung der Ehe minderjährig gewesen, so läuft die Frist bis zu seinem vollendeten 27. Lebensjahr; stirbt er inzwischen, so haben seine Erben, wenn großjährig, noch ein Jahr, wenn minderjährig, noch fünf Jahr Frist. Während dieser Frist steht Demjenigen, welcher das Empfangsbekenntniß abgegeben, die querela non numeratae dotis s. pecuniae zu, sowohl in der Form einer Klage, als in der einer Einrede, als in der eines Protestes[4]; nach Ablauf der Frist

[3] S. oben § 336. Note 1. 2. — [4] l. 73. § 1. D. de j. d. 23, 3; l. 20. D. h. t. 24, 3. — [5] l. 28. D. de pact. dot. 23, 4; l. un. C. si dos const. matr. 5, 19; Nov. 22. c. 39.

[1] l. un. pr. § 2. C. h. t. 5, 13. — [2] l. 14. § 1. C. de non num. pec. 4, 30. — [3] l. 3. C. de dote cauta non num. 5, 15; Nov. 100. — [4] l. 14. § 4. C. de non num. pec. 4, 30; Nov. 100. c. 1.

ist ihm hingegen der Gegenbeweis vollständig abgeschnitten. Nach § 17 des Einführungsgesetzes zur Reichscivilproceßordnung ist die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung nicht an den Ablauf einer Frist gebunden, und damit ist die querela non num. dotis beseitigt (vgl. § 231. III).

2. Die gesetzliche Forderung auf Herausgabe der Dos ist durch eine Legalhypothek am ganzen Vermögen des Mannes gesichert[5] (§ 190 Note 13. 16); dieselbe ist bezüglich der Frau und ihrer descendentischen Erben eine privilegirte (§ 205 Note 5); dem Rückforderungsberechtigten stehen daher auf Grund seines Pfandrechtes die Pfandklagen gegen jeden Besitzer von Sachen zu, welche dem Manne gegenwärtig gehören oder seit Abschluß der Ehe gehört haben.

3. In dem bereits § 336 Note 11 erwähnten Gesetze[6], in welchem Justinian das angebliche Eigenthum der Frau an der Dos ex iure naturali dem des Mannes legum subtilitate gegenüberstellt, verordnet er zugleich, daß die Frau bei Aufhebung der Ehe alle Dotalsachen, gleichviel ob beweglich oder unbeweglich, ob ästimirt oder unästimirt, si tamen exstant, mit einer dinglichen Klage von jedem Besitzer einfordern könne, sei es mit der rei vindicatio (so nach der Ansicht, wonach die Frau als Eigenthümerin der Dos gilt), sei es mit der act. hypothecaria (so nach der Ansicht, wonach der Mann der Eigenthümer der Dos ist). Der Sinn dieses Gesetzes ist bestritten:

a. Man streitet darüber, ob die Frau an den Dotalsachen das Eigenthum zurückerwerbe oder ob sie bloß eine Hypothek oder einen aus Eigenthum und Pfandrecht gemischten Anspruch erlange oder ob ihr eine rei vindicatio utilis in dem Sinne des § 131 Note 23. 24 zukomme. Offenbar ist die Streitfrage schief gestellt; denn Justinian will der Frau die Dotalsachen zurückverschaffen: der Weg, auf welchem dies geschieht, ist ihm gleichgiltig; stellt man sich auf den Standpunkt des § 336, wonach dem Manne das Eigenthum der Dotalsachen zukommt, so muß man behaupten, daß die der Frau zustehende Klage die act. hypothecaria ist, und daß sie mit dieser Klage allen anderen Pfandgläubigern vorgehe (volumus itaque, eam . . . hypothecariam omnibus anteriorem possidere . . .).

b. Man streitet über die Bedeutung der Worte: si tamen exstant. Einige verstehen darunter diejenigen Dotalsachen, welchen von dem Manne bei Aufhebung der Ehe gar nicht oder nicht giltig veräußert worden sind, also noch zu seinem Vermögen gehören; Andere diejenigen, welche bei Aufhebung der Ehe körperlich vorhanden sind. Die letztere Meinung ist zu verwerfen, da sonst jene Worte überflüssig wären und überdies der Mann selbst während der Ehe an Mobilien das Veräußerungsrecht verlieren würde; mit anderen Worten: die von dem Manne während der Ehe giltig veräußerten Dotalsachen kann die Frau nach Aufhebung der Ehe nicht mit der act. hypothecaria einklagen; an denjenigen Sachen, welche sie einklagen kann, muß sie die vom Manne während der Ehe giltig bestellten dinglichen Rechte anerkennen.

---

[5] l. 30. C. de j. d. 5, 12; l. un. § 1. C. h. t. 5, 13. — [6] l. 30. C. de j. d. 5, 12.

E. § 344. Die Dotalverträge.

t. D. XXIII, 4: de pactis dotalibus. — t. C. V, 14: de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis. — Vangerow, § 224.

Vor wie nach Eingehung der Ehe können von den Brautleuten resp. Gatten unter sich sowie mit dem dritten Besteller der Dos Verträge abgeschlossen werden, durch welche die Dos anderen als den gesetzlichen Bestimmungen unterworfen wird. Die Contrahenten haben hiebei nicht immer freie Hand [1], vielmehr sind ihnen bedeutende Schranken gezogen auf Grund des Princips: reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt [2], ... quum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque civitatem liberis maxime sit necessarium [3].

1. Nichtig sind alle Verträge, welche rechtlich unmöglich sind oder gegen die guten Sitten verstoßen. Rechtlich unmöglich ist die Abrede, daß der Mann wegen nothwendiger Auslagen keinen Abzug von der Dos machen könne; solche Auslagen vermindern die Dos ipso iure [4]. Gegen die gute Sitte verstößt die Abrede, daß der Mann bloß für Dolus und nicht für Culpa in concreto aufkommen soll [5], (denn es ist niederträchtig, die Angelegenheiten seiner Ehefrau mit geringerer Sorgfalt als die eigenen zu verwalten); ferner die Abrede, daß ein Ehegatte gegen den anderen nicht wegen Diebstahls klagen solle [6] (denn es liegt hierin ein pact. de dolo futuro non praestando); ferner der Verzicht des Mannes auf das benef. competentiae [7]; ferner nach Römischem Recht (nicht aber nach heutigem Recht, § 390 Note 11—13) Erbverträge unter den Ehegatten [8]; die kaiserliche Gesetzgebung [9] sieht auch die Annahme von Bürgen, die der Mann der Frau für die Rückzahlung der Dos bestellt, als unsittlich an, denn da die Frau ihre eigene Person dem Manne anvertraut, so darf sie ihm nicht hinsichtlich der Dos ein verletzendes Mißtrauen bezeigen, und dritte Personen als Garanten annehmen.

2. Nichtig sind alle Verträge, welche der Natur der Dos als eines Beitrags zu den ehelichen Lasten zuwider sind. So die Abrede, daß auch die Früchte dotal sein sollen [10]; sie gilt nur, wenn die Frau die ehelichen Lasten zu tragen übernimmt [11], oder wenn dem Manne wenigstens die Zinsen des Erlöses der Früchte zugewiesen werden [12]. So ferner die Abrede, daß die Dos dem Manne unter allen Umständen, also daß sie bei Endigung der Ehe durch den Tod des Mannes seinen Erben verbleiben solle [13]; sie würde das Hingegebene zu einer donatio sub modo machen.

3. Aber selbst innerhalb der unter 1. und 2. gezogenen Grenzen sind nicht alle Abreden zulässig; es ist dies in verschiedenem Maße bei verschiedenen Personen der Fall:

---

[1] l. 12. § 1. D. h. t. 23, 4. — [2] l. 2. D. de j. d. 23, 3. — [3] l. 1. D. sol. matr. 24, 3. — [4] l. 5. § 2. D. h. t. 23, 4. — [5] l. 6. D. h. t. 23, 4. — [6] l. 5. § 1. D. h. t. 23, 4. — [7] l. 14. § 1. D. sol. matr 24, 3. — [8] l. 5. C. h. t. 5, 14. — [9] l. 1. l. 2. C. ne fidej. vel mand. 5, 20. — [10] l. 4. D. h. t. 23, 4. — [11] l. 4. i. f. cit.; l. 21. § 1. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — [12] l. 4. D. cit.; l. 7. § 2. D. de j. d. 23, 3. — [13] l. 2. l. 12. pr. D. h. t. 23, 4; l. 3. C. h. t. 5, 14.

a. Wer eine Dos bestellt, ohne dazu verpflichtet zu sein, kann bei der Bestellung allerhand Abreden treffen (ein Ascendent kann nicht bloß sich sondern der Frau oder deren Kindern den Rückfall der Dos nach aufgehobener Ehe vorbehalten[14]); nach der Bestellung hingegen kann er (ohne den Consens der Frau) keine ihr nachtheilige Bestimmung treffen[15].

b. Wer gesetzlich zur Bestellung der Dos verpflichtet ist, hat auch selbst bei Bestellung der Dos nicht freie Hand; zwar kann er sich den Rückfall der Dos nach aufgehobener Ehe ausbedingen, auch kann er für den Fall, daß die Ehe durch den Tod der Frau aufgehoben wird, dem Manne die Rückzahlung der Dos erlassen[16]; er kann jedoch nicht, für den Fall, daß die Dos an die Frau fällt, etwas derselben Nachtheiliges (ohne ihren Consens) verabreden, z. B. nicht dem Manne einen späteren als den gesetzlichen Rückzahlungstermin gestatten[17].

c. Die sich selbst dotirende Frau kann weder bei noch nach Bestellung der Dos dem Manne Vortheile einräumen, auf welche er nicht nach dem Gesetz Anspruch hat[18]; sie kann jedoch dem zu Gunsten der Dos bestehenden Pfandrecht selbst während der Ehe entsagen[19], und sie kann, für den Fall, daß die Ehe durch ihren Tod oder durch Scheidung aufgehoben wird und Kinder vorhanden sein sollten, die Dos dem Manne belassen[20].

Dritter Titel.

§ 345. Die Parapherna.

Vangerow, § 223.

Das Vermögen der Frau außer der Dos heißt parapherna[1], res extra dotem constitutae[2], zuweilen peculium[3]; hieran hat der Mann an sich keine Rechte[4]. Häufig jedoch übergibt ihm die Frau ihr Vermögen, sei es zur Aufbewahrung, sei es zur Verwaltung; alsdann finden unter den Gatten die Grundsätze des Depositum resp. des Mandats Anwendung[5]; nach einer Verordnung Justinians[6] braucht der Mann, wenn das Paraphernalvermögen in ausstehenden Capitalien besteht, bloß diligentia quam in suis anzuwenden; nach der Einziehung der Capitalien ist sein Vermögen der Frau verpfändet. Die Praxis hat diese Verordnung auf Paraphernalien aller Art ausgedehnt.

Entsteht zwischen den Gatten während der Ehe oder nach ihrer Auflösung Streit, ob etwas zum Paraphernalgut gehöre, so spricht die Vermuthung dagegen; nach der sog. praesumtio Muciana (aufgestellt von Quintus Mucius Scävola Publii filius) ist nämlich zu vermuthen, daß, was die Frau während der Ehe erlangt, sie durch Schenkung vom Manne

[14] l. 45. D. sol. matr. 24, 3; l. 7. C. h. t. 5, 14. — [15] l. 20. § 1. D. h. t. 23, 4. — [16] l. 12. pr. D. h. t. 23, 4. — [17] l. 7. l. 19. D. h. t. 23, 4; l. 28. D. de j. d. 23, 4; l. 7. C. de j. d. 5, 12; l. 29. pr. D. sol. matr. 24, 3. — [18] ll. 14—19. l. 29. pr. D. h. t. 23, 4. — [19] l. 11. C. ad sct. Vell. 4, 29. — [20] l. 2. D. h. t. 23, 4; l. 3. C. h. t. 5, 14.

[1] l. 8. l. 11. C. de pact. conv. 5, 14; l. 9. § 3. D. de j. d. 23, 3. — [2] l. 95. pr. D. ad l. falc. 35, 2; l. 29. C. de j. d. 5, 12. — [3] l. 9. § 3. D. de j. d. 23, 3; l. 31. § 1. D. de don. 39, 5. — [4] l. 8. C. de pact. conv. 5, 14. — [5] l. 9. § 3. D. de j. d. 23, 3. — [6] l. 11. C. de pact. conv. 5, 14.

(also ungiltig, § 347) erlangt hat, so daß die Frau stets den Gegenbeweis erbringen muß[7]. Aehnlich die Reichsconcursordnung § 37.

Vierter Titel.

§ 346. Donatio propter nuptias. Brautgeschenke.

t. C. V, 3: de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitiis. — Vangerow, § 222.

I. Donatio propter nuptias. Ein Seitenstück zur Dos wurde in der späteren Kaiserzeit zu einer fast allgemein bobachteten Sitte ausgebildet; es ist dies die bis zu Justinian sog. donatio ante nuptias, von Justinian[1] donatio propter nuptias genannt. Der Mann oder ein Anderer für ihn (der Vater ist dazu gesetzlich verpflichtet)[2] bestellt der Frau gewisse Güter als Gegengabe der Dos (antipherna)[3]. Es soll die don. pr. n. der Dos an Umfang gleich sein[4]. Wenn die Frau dem Manne einen bestimmten Theil der Dos auf den Fall ihres früheren Todes zusichert, so soll dies in gleicher Weise der Mann bezüglich der don. pr. n. für den Fall seines Todes thun[5]. Wie bei der Scheidung die schuldige Frau ihre Dos verliert, so verliert der schuldige Mann seine don. pr. n.[6]. Nach Aufhebung der Ehe hat die Frau, wenn keine Kinder da sind, kein Recht auf die don. pr. n.; sind Kinder vorhanden, so erhält die Frau den Nießbrauch, das Eigenthum theilt sie mit den Kindern[7]. Während der Ehe freilich bleibt die don. pr. n. im Eigenthum des Mannes[8] (was Einige ohne Grund bestreiten), aber die Frau hat in Betreff ihrer eine Legalhypothek an seinem Vermögen wie wegen der Dos[9], und der Mann darf ein dazu gehöriges Grundstück nicht veräußern[10]; bei Vermögensverfall des Mannes kann die Frau die Herausgabe der don. pr. n. ebenso wie die der Dos schon während der Ehe verlangen[11]. Bis zu Justinian konnte die Gegengabe vom Manne nur vor der Ehe bestellt werden (während der Ehe hielt man es für unzulässig wegen des allgemeinen Verbots der Schenkungen unter Ehegatten, § 347); Justinian änderte dieses und ihren bisherigen Namen[12].

Ein der don. pr. n. ähnliches Institut war in Deutschland schon vor der Reception des Römischen Rechts vorhanden (contrados, Widerlage); die Vorschriften des Deutschen Rechts sind von denen des Römischen Rechts großentheils abweichend und bei der Reception des Römischen Rechts nicht verdrängt worden; mit anderen Worten: die römische don. pr. n. ist heut ein unpraktisches Institut.

II. Brautgeschenke[13]. Die Bezeichnung donatio ante nuptias kommt auch für das Geschenk unter Brautleuten vor (auch largitas s.

---

[7] l. 51. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 6. C. eod. 5, 16.

[1] l. 20. pr. C. h. t. 5, 3. — [2] l. 2. C. de dot. prom. 5, 11. — [3] l. 20. pr. C. h. t. 5, 3. — [4] Nov. 97. c. 1. c. 2. — [5] l. 9. l. 10. C. de pact. conv. 5, 14; Nov. 12. c. 20. pr. — [6] l. 8. § 5. C. de rep. 5, 17. — [7] Nov. 98. c. 1; Nov. 127. c. 3. — [8] Nov. 61. — [9] l. 12. § 2. C. qui pot. 8, 18; Nov. 109. c. 1. — [10] Nov. 61. — [11] l. 29. C. de j. d. 5, 12. — [12] l. 20. pr. C. h. t. 5, 3. — [13] t. C. 5, 3: de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitiis.

donatio s. arrha sponsalitia genannt). Dieses gilt seit Constantin[14] als Schenkung in Erwartung einer zukünftigen Ehe, und kann, wenn das Verlöbniß durch Schuld eines Theiles zurückgeht, von dem Schuldigen nicht zurückgefordert werden; wohl aber, wenn der Schenker keine Schuld an der Aufhebung des Verlöbnisses trägt. Streitig ist der Sinn eines Constantinischen Rescripts[15], nach welchem bei dem Tode eines Verlobten die Schenkung des Bräutigams interveniente osculo nur zur Hälfte zurückgefordert werden kann; nach der richtigen Meinung ist darauf Gewicht zu legen, daß das Rescript an Tiberianus, Vicar von Spanien, gerichtet ist; in Spanien aber (in Corduba) ward damals das feierliche Verlöbniß mit einem Kuß vor Verwandten oder Zeugen besiegelt[16]; wie die Sitte selbst, so hat die darauf bezügliche Vorschrift bei uns keinen Eingang gefunden.

Fünfter Titel.

§ 347. Schenkungen unter Ehegatten.

t. D. XXIV. 1: de donationibus inter virum et uxorem. — t. C. V, 16: de donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos facta et de ratihabitione. — Savigny, System §§ 162—164 — Vangerow, § 225.

Schon nach altem Römischem Gewohnheitsrecht (moribus)[1] sind Schenkungen unter Ehegatten verboten. Die Quellen begründen diesen Rechtssatz theils mit der Erfahrung, daß unverständige Liebe eines Gatten sich häufig in Vermögenszuwendungen an den anderen zeigt[2]; theils mit der Besorgniß, es möchte ein Gatte die Zuneigung des anderen zu eigennützigen Zwecken mißbrauchen[3], — eine Besorgniß, welche bei der Leichtigkeit der Scheidung nach Römischem Recht wohlbegründet war. Die genaueren Bestimmungen sind folgende:

1. Schenkungen sind verboten. Nicht darunter fällt eine Zuwendung des Mannes an die Frau, wovon sie ihre Bedürfnisse bestreiten soll[4], seien es auch solche Bedürfnisse, welche aus einer bequemeren Art zu leben entspringen (ein Taschengeld: menstruum, annuum)[5], denn der Mann ist zur standesgemäßen Unterhaltung der Frau verpflichtet; ein Taschengeld hingegen Seitens der Frau an den Mann ist ein unpassende Gabe und enthält eine verbotene Schenkung[6]. Jede Schenkung ist verboten, gleichviel in welchem Rechtsgeschäft sie enthalten ist[7]; über den sog. Freundschaftskauf (§ 286 Note 27) stritten die römischen Juristen; die Einen erklärten ihn für durchaus nichtig[8], Andere sahen bloß einen verhältnißmäßigen Theil als verkauft an[9], noch Andere behandelten die ganze Sache als verkauft, legten aber dem Käufer eine Nachzahlung auf[10]; die zweite Ansicht ist die consequente; ihr zu Folge wird die ver-

[14] l. 15. C. h. t. 5, 3. Ueber das ältere Recht: l. 10. l. 11. C. h. t. 5, 3; l. 1. § 1. D. de don. 39, 5. — [15] l. 16. C. h. t. 5, 3. — [16] Arnoldus Ferronius, comm. in consuet. Burg. p. 511.

[1] l. 1. D. h. t. 24, 1. — [2] l. 1. D. h. t. 24, 1. — [3] l. 2. l. 3. D. h. t. 24, 1. — [4] l. 21. pr. D. h. t. 24, 1. — [5] l. 7. l. 1. l. 15. pr. l. 28. § 6. D. h. t. 24, 1; l. 11. C. h. t. 5, 16. — [6] l. 33. § 1. D. h. t. 24, 1. — [7] l. 3. § 9.—l. 4. l. 5. §§ 1—4. D. h. t. 24, 1. — [8] l. 38. D. de c. e. v. 18, 1; l. 5. § 5. D. h. t. 24, 1; l. 17. pr. D. ad sct. Vell. 16, 1. — [9] l. 31. § 3. D. h. t. 24, 1. — [10] l. 5. § 5. D. h. t. 24, 1; cf. l. 32. § 26. eod.

kaufte Sache nach Verhältniß der gezahlten und der geschenkten Summe unter den Ehegatten gemeinsam.

2. Schenkungen sind unter **Ehegatten** verboten. Darunter fällt nicht die Schenkung unter Verlobten[11], außer wenn ihre Wirksamkeit auf die Zeit der Ehe hinausgeschoben wird[12]. Ferner nicht die Schenkung unter Gatten dann, wenn ihre Wirksamkeit auf die Zeit **nach** der Ehe hinausgeschoben wird; daher ist die Schenkung auf den Fall der Scheidung giltig[13], ebenso die donatio mortis causa[14], und da dem Tode die Deportation gleichgestellt war, auch die Schenkung auf den Fall der Deportation[15]. — Auf der anderen Seite ist das Schenkungsverbot von den Ehegatten selbst auf ihre Gewalthaber sowie auf die dem Ehegatten oder ihren Gewalthabern gewaltunterworfenen Personen ausgedehnt worden[16]; der Grund dieser Ausdehnung liegt offenbar darin, daß nach altem Recht jeder Erwerb eines Hauskindes seinem Hausvater zufällt; daher wurden Schenkungen aus dem oder zum peculium castrense und quasi castrense auch unter jenen Personen für giltig erklärt[17]; als aber später die bona adventicia als Vermögen der Hauskinder erklärt wurden, so blieb dennoch das Schenkungsverbot inconsequenter Weise im alten Umfange bestehen; mit Recht wollen neuere Juristen diese Inconsequenz beseitigt wissen.

3. Schenkungen unter den erwähnten Personen sind **verboten**. Wird das Verbot übertreten, so ist die Schenkung nichtig[18]. Die geschenkte körperliche Sache geht nicht ins Eigenthum des Empfängers über, und der Schenker kann sie nebst den Accessionen mit der rei vindicatio von jedem Besitzer einklagen[19]; bloß industrielle Früchte und Zinsen braucht der Beschenkte nicht herauszugeben[20] (vgl. § 134 Note 9); hat der Beschenkte das Geschenkte selbst nicht mehr, so haftet er auf die Bereicherung[21] (z. B. auf den Erlös aus dem Verkauf der Sache); hat aber der Mann mit dem von der Frau ihm geschenkten Gelde Sachen angeschafft, so erwirbt die Frau unter gewissen Umständen (§ 131 Note 24) deren Eigenthum[22]. — Das abgegebene Schenkungsversprechen ist ohne alle Wirkung[23]. — Besteht die Schenkung in dem Erlaß einer Forderung resp. eines dinglichen Rechts, welche der Schenker an dem Beschenkten resp. an dessen Sache hatte, so dauert die Forderung resp. das dingliche Recht unverändert fort[24].

4. Ausnahmsweise ist die Schenkung in einigen Fällen von Anfang an giltig, in Einem Fall der Convalescenz fähig:

a. Von Anfang an sind giltig: mäßige Gelegenheitsgeschenke[25], Schenkungen der Frau an den Mann, um ihm zur Erlangung einer

---

[11] l. 5. pr. l. 27. l. 36. § 1. l. 66. D. h. t. 24, 1; l. 23. C. h. t. 5, 16. — [12] l. 32. § 22. D. h. t. 24, 1. — [13] l. 11. § 11. l. 12. l. 13. pr. ll. 60—62. pr. D. h. t. 24, 1. — [14] l. 9. § 2.—l. 11. § 9. l. 20. D. h. t. 24, 1; l. 40. D. de m. c. d. 39, 6. — [15] l. 13. § 1. l. 43. D. h. t. 24, 1. — [16] l. 3. §§ 2—8. l. 26. § 1. l. 32. §§ 16—21. l. 53. pr. l. 60. pr. D. h. t. 24, 1; l. 4. l. 5. C. h. t. 5, 16. — [17] l. 3. § 4. l. 32. § 17. D. h. t. 24, 1. — [18] l. 3. §§ 10. 11. l. 5. §§ 1. 18. l. 36. pr. l. 38. § 1. l. 48. l. 52. § 1. D. h. t. 24, 1. — [19] l. 5. § 18. l. 36. pr. l. 48. D. h. t. 24, 1; l. 28. § 5. l. 17. § 1. D. eod. — [20] l. 15. § 1.—l. 17. pr. D. h. t. 24, 1; l. 45. D. de usur. 22, 1. — [21] l. 5. § 18.—l. 7. pr. D. h. t. 24, 1. — [22] l. 55. D. h. t. 24, 1; cf. l. 30. eod. — [23] l. 3. § 10. l. 5. §§ 3. 4. D. h. t. 24, 1. — [24] l. 3. § 10. l. 5. §§ 1. 4. D. h. t. 24, 1. — [25] l. 31. § 8. D. h. t. 24, 1.

Ehrenstelle[26] oder einer Auszeichnung[27] zu verhelfen; Schenkungen zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude[28]; Schenkungen zwischen dem Regenten und seiner Gemahlin[29].

b. Es convalescirt die Schenkung nach einem Senatusconsult auf Antrag der Kaiser Severus und Caracalla (oratio Severi, oratio Antonini)[30] dadurch, daß der Schenker vor dem Beschenkten oder gleichzeitig mit ihm[31] stirbt, ohne die Schenkung zurückgefordert zu haben[32]; dabei wird vorausgesetzt, daß die Ehe bis zum Tode fortgedauert hat[33]. Es wird nämlich alsdann die Schenkung als donatio mortis causa angesehen und mit rückwirkender Kraft als giltig behandelt[34] (vgl. oben N. 14). Das Senatusconsult bezieht sich, wie in mehreren Quellenstellen[35] bezeugt ist, auf Schenkungen jeglicher Art, nach Einem Quellenzeugniß[36] jedoch fällt das Schenkungs*versprechen* nicht darunter; die mannigfachen Versuche, diese Antinomie zu lösen, haben sich keinen allgemeinen Beifall erworben; es ist kein Grund, das Schenkungsversprechen von anderen Schenkungen zu trennen; auch Justinian hat dies in der (freilich unglossirten) Nov. 162. c. 1. § 1. anerkannt.

Sechster Titel.

§ 348. Entwendungen unter Ehegatten.

t. D. XXV, 2; t. C. V, 21: de actione rerum amotarum. — *Vangerow*, § 226.

Unter den älteren römischen Juristen war es bestritten, ob eine Frau, welche ihrem Manne eine Sache wegnimmt, einen Diebstahl begehe; Einige leugneten dies, da die Lebensgemeinschaft die Ehefrau gleichsam zur Eigenthümerin der Sachen ihres Mannes mache, und sie sprachen deshalb dem Manne *jeden* Anspruch gegen die Frau ab; Andere bejahten es, hielten jedoch die actio furti wegen des ehelichen Verhältnisses selbst nach Aufhebung der Ehe für unanwendbar[1]. Von besonderer Wichtigkeit war dieser Streit im Falle der Scheidung der Ehe, weil häufig die Frau vor der Scheidung Sachen des Mannes bei Seite bringt; deshalb ward für diesen Fall[2] im prätorischen Edict[2a] eine eigene Klage für den Mann gegen die Frau eingeführt, in welcher die Bezeichnung „furtum" vermieden, und vielmehr von „res amotae" die Rede war; später ward diese Klage auch der Frau gegen den geschiedenen Mann, welcher ihr wegen bevorstehender Scheidung Sachen bei Seite gebracht hat, gegeben[3]. Die Klage, actio rerum amotarum, hat eine gemischte Natur, indem sie

---

[26] ll. 40. 41. D. h. t. 24, 1; l. 21. C. h. t. 5, 16. — [27] l. 42. D. h. t. 24, 1. — [28] l. 14. D. h. t. 24, 1. — [29] l. 26. C. h. t. 5, 16. — [30] l. 32. pr. l. 23. D. h. t. 24, 1. — [31] l. 32. § 14. D. h. t. 24, 1; l. 8. D. de reb. dub. 34, 5; l. 26. D. de m. c. d. 39, 6. — [32] l. 32. §§ 2—4. §§ 5. 14. 15. D. h. t. 24, 1; l. 12. l. 15. l. 18. C. h. t. 5, 16. — [33] l. 32. §§ 10—13. D. h. t. 24, 1; l. 18. C. h. t. 5, 16. — [34] l. 32. §§ 1. 8. D. h. t. 24, 1; l. 25. C. h. t. 5, 16. — [35] l. 32. §§ 1. 23—26. l. 33. pr. § 2. D. h. t. 24, 1. — [36] l. 23. D. h. t. 24, 1.

[1] l. 1. l. 2. . 3. § 4. l. 15. § 1. D. h. t. 25, 2. — [2] l. 11. § 1. l. 17. § 1. l. 20. l. 21. pr. l. 25. l. 30. D. h. t. 25, 2. — [2a] l. 2. C. h. t. 5, 21. — [3] l. 7. D. h. t. 25, 2.

in einigen Beziehungen als Delictsklage in anderen als reine Schadensersatzklage behandelt wird:

1. In folgenden Beziehungen hat sie die Natur einer Delictsklage: es haftet der geschiedene Gatte auch als intellectueller Urheber und als Gehilfe[4]; er hat kein benef. competentiae[5].

2. In folgenden Beziehungen hat sie die Natur einer reinen Schadensersatzklage: sie geht auf den Werth der Sache nach eidlicher Schätzung des Klägers sowie auf das sonstige Interesse[6]; sie verjährt erst in dreißig Jahren[7]; sie ist gegen den Gewalthaber des Wegnehmenden als act. de peculio zulässig[8]; sie kann nach classischem Rechte nur vom Eigenthümer, dinglich Berechtigten und dem redlichen Besitzer angestellt werden[9]; erst nach einer Verordnung Justinians steht sie auch dem Gatten zu, welcher die Sache commodirt erhalten hatte[10].

Ueber die Haftung der Erben des Wegnehmenden, wenn derselbe gestorben ist, enthalten die Quellen eine noch nicht aufgeklärte Antinomie[11]: in der einen Stelle werden die Grundsätze der Delictsklage angewendet (die Erben sollen nur auf die Bereicherung haften), in der anderen die der reinen Ersatzklage (die Erben sollen vollständig haften).

In der späteren classischen Zeit drang die Ansicht durch, daß der eine Ehegatte durch Wegnahme der Sachen des anderen einen Diebstahl begehe, und daß er zwar nicht mit der act. furti, aber mit der rei vindicatio und der condictio furtiva belangt werden könne[12]; die act. rerum amotarum wurde jedoch nicht fallen gelassen — offenbar weil sie einige Elemente einer Delictsklage enthält, welche dem Bestohlenen besonders günstig sind.

Siebenter Titel.

§ 349. Die Scheidungsstrafen.

Strippelmann, das Ehescheidungsrecht. 1854. — Ortloff in Ortloff, Heimbach, Vermehren, jurist. Abh. II, 1. 1857.

Die Grundsätze des Römischen Rechts über die Ehescheidung selbst, namentlich der Grundsatz, daß die Scheidung durch eine Willenserklärung beider Gatten oder eines derselben geschieht, sind heut durch die Vorschriften des Kirchenrechts verdrängt; es erfolgt heut die Scheidung durch richterliches Urtheil, vorausgesetzt, daß ein gerechter Grund vorhanden ist. Damit sind zugleich die Strafen, welche das Römische Recht auf den Fall der grundlosen Scheidung festsetzt, unpraktisch geworden[1]. Die Strafen jedoch, welche das Römische Recht demjenigen Gatten auferlegt, welcher dem anderen Theil gerechten Grund zur Scheidung gibt, werden heut auf Denjenigen angewendet, welcher vom Richter im Scheidungsurtheil für den schuldigen Theil erklärt

[4] l. 19. l. 20. l. 21. § 1. D. h. t. 25, 2. — [5] l. 21. § 6. D. h. t. 25, 2. — [6] l. 3. § 3. l. 8. § 1. l. 9. l. 21. §§ 3. 4. D. h. t. 25, 2. — [7] l. 21. § 5. D. h. t. 25, 2. — [8] l. 3. § 4. l. 6. § 2. D. h. t. 25, 2. — [9] l. 17. § 3. l. 20. D. h. t. 25, 2. — [10] l. 22. § 4. C. de furt. 6, 2. — [11] Zwischen l. 3. C. h. t. 5, 21 und l. 6. § 4. D. h. t. 25, 2. — [12] l. 1. i. f. l. 2. l. 17. § 2. l. 24. D. h. t. 25, 2.

[1] Nov. 117. c. 13; Nov. 127. c. 4; Nov. 134. c. 11; ll. 8—11. C. de repud. 5, 17.

wird. Diese Strafen wurden bisher angewendet sowohl, wenn die Ehe (von nichtkatholischen Gatten) dem Bande nach (quoad vinculum) aufgelöst, als wenn die (katholischen) Gatten von Tisch und Bett (quoad thorum et mensam) getrennt worden waren; nach dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 77 gibt es sowohl unter nichtkatholischen wie unter katholischen Eheleuten bloß noch eine Auflösung des Bandes der Ehe, die Scheidung von Tisch und Bett findet nicht mehr statt. — Die gedachten Strafen sind folgende[2]:

1. Die schuldige Frau verliert ihre Dos (und erhält nicht die donatio propter nuptias); ist sie des Ehebruchs schuldig, so verliert sie außerdem von ihrem anderweitigen Vermögen soviel als ein Drittel der Dos beträgt. Ist sie undotirt, oder steht der Anspruch auf Rückgabe der Dos nicht ihr zu, so verliert sie den vierten Theil ihres Vermögens (jedoch nicht über 100 Pfund Goldes), im Fall des Ehebruchs noch ein Zwölftel.

2. Der schuldige Mann muß die donatio propter nuptias auszahlen; hat er die Frau des Ehebruchs bezichtigt oder sich eine Beischläferin gehalten, so verliert er überdieß von seinem anderweitigen Vermögen noch soviel als ein Drittel der donatio propter nuptias beträgt. Hat der Mann keine donatio propter nuptias bestellt, so verliert er den vierten Theil seines Vermögens (jedoch nicht über 100 Pfund Goldes), im Falle der Bezichtigung des Ehebruchs resp. des Haltens einer Beischläferin noch ein Zwölftel.

Die Scheidungsstrafe fällt, falls die Ehe kinderlos ist, durchaus an den Unschuldigen; sind Kinder vorhanden, so erwerben sie die Proprietät, der Unschuldige den Ususfructus[3]. Durch Vertrag kann vor Eintritt des Ehescheidungsgrundes die Scheidungsstrafe nicht geändert werden[4].

Noch ist hervorzuheben: es wird vermuthet, daß letztwillige Zuwendungen des einen Ehegatten an den anderen, welche während bestehender Ehe gemacht worden sind, nach der Scheidung als widerrufen gelten sollen[5].

Achter Titel.

§ 350. Die Wiederverheirathung.

t. C. V, 9: de secundis nuptiis. — Vangerow, § 227.

Während die lex Iulia et Papia Poppaea unter Kaiser August (§ 398) die Strafen des Cölibats auch gegen die verwittweten Personen festsetzte, und dadurch die Eingehung einer zweiten Ehe begünstigte, hoben die christlichen Kaiser, welche die Enthaltung von aller Geschlechtsgemeinschaft als etwas Gottgefälliges ansahen, jene Strafen auf, ja sie belegten Denjenigen, welcher eine zweite Ehe einging, mit gewissen Nachtheilen und Einschränkungen, — dies allerdings nur dann, wenn Kinder aus der früheren Ehe vorhanden waren. Diese sog. poenae secundarum nu-

---

[2] l. 8. l. 11. C. de repud. 5, 17; Nov. 22. c. 15. c. 16; Nov. 117. c. 8. c. 9. — [3] l. 8. § 7. l. 11. § 1. i. f. C. de repud. 5, 17; Nov. 98. c. 2; Nov. 117. c. 8. c. 9. — [4] l. 5. pr. D. de pact. dot. 23, 4; l. 19. D. de v. o. 45, 1. — [5] . 49. § 6. D. de leg. 3. (32); l. 3. D. de auro 34, 2.

ptiarum treffen theils jeden parens binubus (trinubus u. s. w.), theils nur die mater binuba.

I. Auf jeden parens binubus beziehen sich folgende gesetzliche Bestimmungen:

1. Er verliert das Eigenthum der lucra nuptialia an die Kinder der früheren Ehe und behält bloß den Nießbrauch. Zu den lucra nuptialia gehört Alles, was der Binubus in seiner Eigenschaft als Gatte von dem früheren Gatten erworben hat: Schenkungen (insofern sie ausnahmsweise giltig sind), Erbschaft, Vermächtnisse, die Dos resp. die donatio propter nuptias (welche er bei der Scheidung erlangt). Die Kinder erhalten das Eigenthum ohne Rücksicht darauf, ob sie Erben des Verstorbenen geworden sind oder nicht; bloß diejenigen Kinder, welche sich eines Enterbungsgrundes gegen den Verstorbenen schuldig gemacht haben, erhalten keinen Theil; Enkel treten an die Stelle ihrer vorverstorbenen Eltern, wenn sie deren Erben geworden sind [1]. — Damit den Kindern der zweiten Ehe durch diese Vorschriften kein Nachtheil zugefügt werde, verordnete Justinian, daß sie auf die Dos resp. die donatio propter nuptias, welche der parens binubus durch die zweite Ehe erhält, ein ausschließliches Recht haben sollen, mag er eine dritte Ehe eingehen oder nicht [2] (§ 411 unter II. 3).

2. Er kann dem neuen Gatten weder unter Lebenden noch von Todes wegen mehr zuwenden, als er dem wenigstbedachten Kinde der früheren Ehe zuwendet; nur der Betrag, welcher einem Kinde, das enterbt werden konnte, zugewandt ist, gibt keinen Maßstab. Das Mehr wird unter die Kinder der früheren Ehe zu gleichen Theilen vertheilt; keinen Theil erhalten diejenigen Kinder, welche sich eines Enterbungsgrundes schuldig gemacht haben [3].

3. Er verliert, wenn er mit einem Universalvermächtnisse an ein Kind aus der früheren Ehe von seinen Eltern beschwert worden ist, die ihm sonst zustehende Freiheit von der cautio legatorum servandorum [4] (§ 444 Note 13).

II. Auf die mater binuba beziehen sich folgende gesetzliche Bestimmungen:

1. Die Mutter, welche ein Kind aus früherer Ehe zusammen mit seinen Geschwistern ab intestato beerbt hat (§ 409 N. 2), verliert durch Eingehung einer neuen Ehe die Proprietät an den ererbten Sachen, soweit sie vom vorigen Manne herrühren, an die übrigen Kinder der Ehe und behält bloß den Nießbrauch. Tritt der Erbfall erst nach Eingehung der neuen Ehe ein, so erhält die mater binuba von Anfang an nur den Nießbrauch an jenen Sachen [5].

2. Die mater binuba verliert den Anspruch auf die Erziehung der Kinder [6] sowie die Vormundschaft über sie [7]. Ist sie die zweite Ehe eingegangen, ohne Rechnung gelegt und ihre Verbindlichkeiten aus der Vormundschaft erfüllt zu haben, so erleidet sie dieselben Nachtheile wie bei

[1] Nov. 22. cc. 21—26. — [2] Nov. 22. c. 29. — [3] l. 6. l. 10. C. h. t. 5, 9; Nov. 22. c. 27. c. 28. — [4] l. 6. § 1. C. ad sct. treb. 6, 49; Nov. 22. c. 41. — [5] Nov. 22. c. 46. — [6] Nov. 22. c. 38; l. 1. C. ubi pup. 5, 49. — [7] Nov. 22. c. 40; Nov. 94. c. 2.

vorzeitiger Wiederverheirathung[8] (§ 351). Doch ist durch die Praxis die Unfähigkeit der mater binuba zu letztwilligen Bedenkungen (§ 351 Note 6) außer Uebung gekommen (§ 398).

3. Die mater binuba kann Schenkungen, welche sie einem Kinde aus früherer Ehe gemacht hat, nur dann wegen Undanks widerrufen, wenn jenes sich einer Lebensnachstellung oder einer Realinjurie oder eines Versuchs, sie um ihr ganzes Vermögen zu bringen, schuldig gemacht hat[9]; vgl. § 69 Note 22.

Neunter Titel.

§ 351. Die vorzeitige Wiederverheirathung.

Vangerow, § 227.

I. Römisches Recht. Eine Wittwe soll während einer bestimmten Frist (Trauerjahr) nach dem Tode ihres Mannes nicht heirathen[1]: nach prätorischem Edict[2] zehn Monat lang, nach einem Gesetz von Kaiser Theodos[3] ein Jahr lang. Der Grund ist ein doppelter: einmal die Ungewißheit der Vaterschaft, wenn die Frau innerhalb der zehn Monate ein Kind gebiert (propter turbationem sanguinis)[4]; sodann die Rücksicht auf die gute Sitte, daher die Frist (außer wenn der Mann ein grober Verbrecher war)[5] selbst dann innegehalten werden soll, wenn die Frau vor Ablauf der Frist niedergekommen ist. Die Verletzung der Frist zieht nach prätorischem Recht Infamie nach sich für die Eheleute (außer wenn sie auf Geheiß ihrer Gewalthaber sich verheiratheten) wie für die Gewalthaber, wenn sie ihre Zustimmung ertheilten. Nach kaiserlichen Gesetzen[6] unterliegt die Frau außerdem bedeutenden Vermögensstrafen: sie verliert Alles, was ihr vom verstorbenen Mann irgendwie zugekommen ist, an dessen Kinder, Enkel, Eltern, Großeltern, Geschwister, zuletzt an den Fiscus; sie verliert die sog. testamentifactio passiva (§ 398), d. h. sie kann in keiner letzwilligen Verfügung irgendwie bedacht werden; sie kann ab intestato nur ihre Verwandten bis zum dritten Grade beerben; sie kann ihrem jetzigen Gatten nie mehr als ein Drittel ihres Vermögens zuwenden. — Die kaiserliche Gesetzgebung setzte auch für die Geschiedene eine Wartezeit von einem Jahre fest, ohne aber auf deren Mißachtung eine Strafe zu bestimmen[7]; dahingegen dehnte sie alle Strafen der Verletzung des Trauerjahrs auf diejenige Frau aus, welche innerhalb eines Jahres nach dem Tode des Mannes ein Kind gebiert, von dem es gewiß ist, daß nicht ihr voriger Mann es gezeugt hat[8].

II. Canonisches und heutiges Recht. Im canonischen Recht[9] ist verordnet, daß die Wittwe, die sich im Trauerjahr wieder verheirathet, keine Infamie erleiden solle; als Grund ist der Ausspruch des Apostel Paulus[10] angeführt, wonach die Frau nach dem Tode ihres

---

[8] Nov. 22. c. 40. — [9] l. 7. C. de rev. don. 8, 56; Nov. 22. c. 35.

[1] l. 1. ll. 8—13. § 4. D. de his qui not. inf. 3, 2. — [2] fr. Vat. § 321. — [3] l. 2. C. de sec. nupt. 5, 9. — [4] l. 11. § 1. D. de his qui not. inf. 3, 2. — [5] l. 11. §§ 1. 3. D. de his qui not. inf. 3, 2. — [6] l. 1. l. 2. C. de sec. nupt. 5, 9; Nov. 22. c. 22. — [7] l. 8. § 4. i. f. l. 9. C. de repud. 5, 17. — [8] Nov. 39. c. 2. — [9] c. 4. c. 5. X. de sec. nupt. 4, 21. — [10] Röm. 7, 3; 1. Cor. 7, 39.

Mannes frei heirathen kann. Mit Rücksicht auf diese Motivirung läßt die Praxis auch die Bestimmungen der Kaisergesetze außer Anwendung; nur die Geburt eines unehelichen Kindes im Trauerjahr bestraft die Praxis mit dem Verlust der lucra nuptialia. — Neuere Particularrechte haben sowohl für die Wittwe wie für die Geschiedene eine Wartezeit angeordnet, und ihre Mißachtung mit mäßigen Strafen belegt; diese Particulargesetze hat das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §§ 35. 36 bestätigt, jedoch mit dem Zusatz, daß die Wartezeit zehn Monate betragen müsse. Diese Wiederbelebung der römischen Principien ist durchaus zu billigen.

Zweites Capitel.

§ 352. Das sog. elterliche und Kindesrecht.

Vangerow, §§ 258—260.

Die Familienverbindung ruft unter denjenigen Gliedern, welche sich am nächsten stehen, zwei Verhältnisse von durchaus verschiedener Natur hervor: das sog. elterliche und Kindesrecht und die väterliche Gewalt.

Das sog. elterliche und Kindesrecht findet zwischen allen Ascendenten (parentes) und Descendenten statt; es wird nicht bloß durch eheliche Zeugung und Geburt begründet, sondern den mütterlichen Ascendenten gegenüber auch durch uneheliche Geburt[1], den väterlichen Ascendenten gegenüber auch durch Annahme an Kindesstatt (arrogatio und sog. adoptio plena)[2], so lange diese besteht[3]. Es ist dieses Verhältniß in seiner ganzen Fülle zwar ein sittliches, des Inhalts, daß beide sich gegenseitig Liebe, die Descendenten überdieß den Ascendenten Pietät schulden[4]; allein es bietet der juristischen Betrachtung eine dreifache Seite:

1. Gewisse sittliche Pflichten sind allmählich mit rechtlichem Zwang ausgestattet worden, so daß aus ihnen Rechte hervorgehen. Hieher gehört das Recht auf Alimentation und Dotation (§§ 328. 329), das Notherbrecht (§§ 415. 416). Dazu tritt nach Römischem Recht bei minderjährigen Töchtern das Recht der Einwilligung in die Ehe[5], welches zunächst dem Vater, nach seinem Tode dem Vormund, der Mutter und den nächsten Verwandten, bei Streitigkeiten zwischen ihnen der Obervormundschaftsbehörde zustand; bei Söhnen und großjährigen Töchtern hatte es der Vater nur dann, wenn er zugleich die Gewalt über sie hatte[6]; nach dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §§ 29. 31 hat es der Vater (gleichviel, ob er die väterliche Gewalt hat oder nicht) bei Söhnen, wenn sie sich vor Vollendung des 25. Lebensjahres verheirathen, bei Töchtern, wenn vor Vollendung des 24.; nach dem Tode des Vaters sowie bei

[1] l. 6. D. de in jus voc. 2, 4. — [2] l. 23. D. de ad. 1, 7; l. 1. § 4. D. unde cogn. 38, 8. — [3] l. 13. D. de ad. 1, 7; unten § 367. — [4] l. 4. D. de cur. fur. 27, 10; l. 1. l. 9. l. 10. D. de obs. 37, 15. — [5] l. 1. l. 18. l. 20. C. de nupt. 5, 4. — [6] pr. I. de nupt. 1, 10; l. 2. l. 3. ll. 9—11. l. 16. § 1. l. 20. l. 25. D. de rit. nupt. 23, 2.

außerehelichen Kindern steht es der Mutter zu und, wenn die Kinder minderjährig sind, auch dem Vormund.

2. Wenn den Descendenten Rechte an ihren Ascendenten zustehen, so sollen sie solche nicht unter Verletzung ihrer Pietätspflichten ausüben. Daher müssen sie ihnen stets die Competenz gewähren (§ 228 Note 11); sie können von ihnen nicht die Ableistung des iuramentum calumniae verlangen[7], sie können sie nicht mit einer famosen[8], noch mit einer ausdrücklich auf Dolus gegründeten Klage belangen[9] (außer wegen atrox iniuria)[10]; ja, nach Römischem Recht dürfen sie überhaupt erst nach vorgängiger Genehmigung des Prätor sie belangen[11], doch wird dies in der heutigen Praxis nicht beobachtet.

3. Die Erziehung der Kinder ist von Vater und Mutter gemeinsam zu leiten; bei Streitigkeiten entscheidet der Wille des Vaters, doch kann der Richter aus besonderen Gründen die Erziehung der Mutter allein übertragen[12]. Nach dem Tode des Vaters hat die Mutter den Anspruch auf die Erziehung, außer wenn der Vater etwas Besonderes verordnet hat, oder wenn die Mutter zur zweiten Ehe schreitet (§ 350 N. 6); auch hier kann der Richter aus besonderen Gründen der Frau die Erziehung belassen[13]. Bei der Scheidung hat der Richter über die Erziehung der Kinder zu bestimmen, und sie womöglich dem unschuldigen Theil zuzusprechen[14]. — Das Erziehungsrecht bringt ein Züchtigungsrecht mit sich; härtere Strafen dürfen dem Kinde nur unter Mitwirkung der Behörden auferlegt werden[15]. —

Wegen aller dieser Beziehungen können gewisse Maßnahmen getroffen werden, um das Verwandtschaftsverhältniß festzustellen:

a. Kinder können gegen ihre Eltern, nöthigenfalls gegen ihre Großeltern[16] u. s. w. auf Anerkennung des Kindesverhältnisses mit der actio de liberis agnoscendis (et alendis) klagen, welche heut act. de filiatione heißt[17]; auch die Mutter des Kindes kann auf Anerkennung gegen den sie verweigernden Vater mit der act. de partu agnoscendo klagen[18].

b. Wenn eine Frau nach der Scheidung resp. nach dem Tode des Mannes sich schwanger fühlt, so soll sie ihrem früheren Manne (nach dem sctum Plancianum)[19] resp. den Erben ihres Mannes (nach dem prätorischen Edict)[20] Anzeige hievon machen, und diese können gegen eine Kindesunterschiebung Vorsichtsmaßregeln ergreifen. Andererseits kann (nach einem kaiserlichen Rescript)[21] der geschiedene Mann Maßregeln er-

---

[7] l. 7. § 3. D. de obs. 37, 15. — [8] l. 11. § 1. l. 12. D. de dolo 4, 3; l. 2. pr. l. 5. § 1. D. de obs. 37, 15. — [9] l. 2. § 1. l. 5. l. 6. l. 7. pr. § 2. D. de obs. 37, 15. — [10] l. 7. § 3. D. de inj. 47, 10. — [11] l. 4. § 1. sq. l. 11. l. 12. l. 15. l. 24. l. 25. D. de in jus voc. 2, 4. — [12] l. 1. § 3. l. 3. § 5. D. de lib. exh. 43, 30. — [13] l. 1. § 1. D. ubi pup. 27, 2; l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 1. C. ubi pup. 5, 49; Nov. 22. c. 38. — [14] l. un. C. div. facto 5, 24; Nov. 117. c. 7. — [15] l. 3. C. de patr. pot. 8, 47; l. un. C. de emend. prop. 9, 15; l. 9. § 3. D. de off. proc. 1, 16. — [16] l. 3. § 2. D. de agn. et al. lib. 25, 3. — [17] t. D. 25, 3: de agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis. — [18] l. 1. § 16. l. 2. l. 3. D. h. t. 25, 3. — [19] l. 1. D. de agn. et al. lib. 25, 3. — [20] l. 1. §§ 10—15. l. 2. D. de insp. ventre 25, 4. — [21] l. 1. pr.—9. D. de insp. ventre 25, 4.

greifen, damit seine frühere Frau ein Kind, mit welchem er sie schwanger glaubt, ihm nicht entziehe.

Drittes Capitel.

Die väterliche Gewalt.

Erster Titel.

§ 353. Begriff, Schutz und Inhalt.

t. D. I, 6: de his qui sui vel alieni iuris sunt. — t. C. VIII, 47; t. I. I, 9: de patria potestate. — Vangerow, §§ 229. 230. 246.

Die väterliche Gewalt ist der Inbegriff der Herrschaftsrechte, welche dem Vater über die von ihm ehelich gezeugten und über die diesen gleichgestellten Kinder zusteht. Sie ist ein Rechtsverhältniß und mit Zwangsgewalt gegen dritte Personen, welche das Hauskind dem Vater vorenthalten wie gegen das Hauskind selbst, welches die Gewalt nicht anerkennt, ausgestattet:

a. Gegen dritte Personen hat der Vater die Wahl zwischen zwei Klagen, welche sich im classischen Römischen Recht nur durch die Proceßform unterschieden, und demgemäß schon nach Justinianischem Recht als identisch angesehen werden müssen: die filii vindicatio [1] (analog der rei vindicatio) und das interd. de liberis ducendis [2], welches durch das interd. de liberis exhibendis vorbereitet werden konnte; steht der Mutter das Erziehungsrecht zu, so dringt der Vater nicht gegen sie durch [3].

b. Gegen das Hauskind erfolgt die Untersuchung in einem Processe, welcher in den Quellen [4] als ein praeiudicium bezeichnet wird (§ 80 Note 5. 6), und welche heut act. de patria potestate affirmativa genannt wird. Umgekehrt wird Demjenigen, welcher seine Freiheit von der väterlichen Gewalt behauptet, eine sog. act. de patria potestate negativa seu de statu patrisfamilias [5] gegen seinen Vater gegeben.

Von den sehr bedeutenden Befugnissen, welche nach altem Recht in der väterlichen Gewalt enthalten waren, sind im Justinianischen Rechte nur wenige übrig: das Verkaufsrecht des neugebornen Hauskindes im Nothfalle [6], das Recht, das Hauskind in Adoption zu geben [7], das Recht der Zustimmung in die Ehe, das Recht der Vormundsernennung [8], das Recht der Pupillarsubstitution [9], endlich eine gewisse Berechtigung an gewissen Gütern des Hauskindes. Hievon ist das Verkaufsrecht heut ganz geschwunden; das Recht der Zustimmung zur Ehe ist in ein elterliches Recht umgewandelt (§ 352). Von den vier Befugnissen, welche hiernach heut den Inhalt der väterlichen Gewalt bilden, wird das Recht der Hin-

[1] l. 1. § 2. D. de r. v. 6, 1. — [2] t. D. 43, 30; t. C. 8, 8: de liberis exhibendis, item ducendis. — [3] l. 1. § 3. l. 3. § 5. D. h. t. 43, 20. — [4] l. 1. § 2. D. de r. v. 6, 1; l. 1. § 4. D. de lib. exh. 43, 30. — [5] l. 8. D. de prob. 22, 3. — [6] l. 1. § 1. l. 2. pr. l. 5. D. de ad. 1, 7. — [7] l. 2. C. de patr. qui fil. distr. 4, 43. — [8] l. 1. D. de test. tut. 26, 2. — [9] l. 2. D. de vulg. et pup. subst. 28, 6.

gabe in Adoption, der Vormundsernennung und der Pupillarsubstitution unten (§§ 363. 372. 403) behandelt werden; hier sollen die Rechte des Vaters an den Gütern des Hauskindes dargestellt werden (§§ 354—360). — Auf die öffentlichen Rechte der Hauskinder hat die väterliche Gewalt keinen Einfluß[10].

Zweiter Titel.

Von den Vermögensverhältnissen der Hauskinder.

I. Justinianisches Recht.

1) § 354. Historische Einleitung.

Mandry, das gemeine Familienrecht mit Ausschluß des ehelichen Güterrechts. Bd. 1. 1871; Bd. 2. 1876. — Vangerow, § 232.

Das Hauskind wird durch die väterliche Gewalt nicht in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt, es ist also erwerbs- und verpflichtungsfähig; aber nach altem Civilrecht gehört sein ganzer Erwerb seinem Vater[1]: das Hauskind ist des Habens eines Privatrechts unfähig[2], deshalb hinterläßt es nach altem Civilrecht keine Erbschaft und kann kein Testament machen[3]. An dem Vermögen des Vaters hat das Hauskind keine Rechte; weder kann es darüber verfügen, noch es durch Obligationen verpflichten. Diese Grundsätze erlitten nach und nach bedeutende Modificationen.

1. Zunächst und zwar schon in sehr alter Zeit räumte oft der Vater dem Hauskind (wie auch dem Sklaven) einen Theil seines Vermögens (in den Quellen peculium, peculium paganum[4], heut peculium profecticium genannt) zur Verwaltung ein; das Hauskind hatte an dem Peculium die Befugnisse eines Verwalters fremden Gutes (§ 355).

2. Sodann ward dem Haussohn die Fähigkeit, Privatrechte zu haben, zuerkannt; seit Augustus konnte er nämlich über seinen Erwerb im Kriegsdienst (peculium castrense) ein Testament machen[5]; bald bildete sich die Ansicht, daß er darüber wie ein Hausvater unter Lebenden wie von Todeswegen verfügen könne, kurz daß das pec. castr. sein freies Vermögen sei[6]. Vielleicht schon gegen Ende des zweiten Jahrhunderts n. Chr.[7] fing das pec. quasi castrense sich zu bilden an, indem allmählich der Erwerb im bürgerlichen Staatsdienst und Aehnliches dem militärischen Erwerb gleichgestellt wurde (§ 356).

3. Von Constantin ging eine stärkere Veränderung aus: das von der Mutter ererbte Vermögen (bona materna) gehört seitdem dem Hauskind selbst, der Vater hat daran nur den Nießbrauch und die Verwaltung[8]. Spätere Kaiser dehnten dies auf Alles aus, was das Hauskind

[10] l. 9. D. de his qui sui 1, 6.

[1] Gai. 2, 86. 87; 3, 163; Ulp. fr. 19, 18; pr. I. per quas pers. 2, 9. — [2] Gai. 2. 87. 96; Ulp. fr. 20, 10. — [3] pr. I. quib. non est perm. 2, 12; Ulp. fr. 20, 10. — [4] l. 37. pr. C. de inoff. test. 3, 28; l. 37. § 6. D. de don. 39, 5. — [5] pr. I. quib. non perm. 2, 12; Ulp. fr. 20, 10. — [6] l. 1. § 3. l. 2. D. ad sct. Mac. 14, 6; l. 15. § 3. D. de castr. pec. 49, 17. — [7] l. 32. § 17. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 1. § 6. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 3. § 5. D. de b. p. 37, 1; l. 1. § 15. D. de coll. 37, 6; l. 7. § 6. D. de don. 39, 5. — [8] l. 1. C. de bon. mat. 6, 60.

von den mütterlichen Ascendenten durch Zuwendung von Todeswegen oder durch Schenkung erwirbt (bona materni generis)[9], ferner auf die lucra nuptialia[10] (§ 349). Endlich erhob Justinian dieses Ausnahmeverhältniß zur Regel: Alles, was ein Hauskind von Anderen als vom Vater erwirbt (quae extrinsecus ad filiosfamilias veniunt, daher von den Neueren bona adventicia, peculium adventicium genannt)[11], wird sein Vermögen, der Vater hat daran bloß Nießbrauch und Verwaltung[12] (§ 357), zuweilen (nämlich bei den sog. bona adventicia irregularia) hat der Vater auch nicht einmal diese (§ 358); was aber das Hauskind aus des Vaters Vermögen erwirbt, gehört dem Vater[13].

Das Resultat der Rechtsentwicklung ist demnach folgendes: Aus dem Vermögen des **Vaters** kann das Hauskind nichts für sich erwerben; was es aber **anderweitig** erwirbt, das erwirbt es in der Regel sich zu eigen, dem Vater zu Nießbrauch und Verwaltung (sog. bona adventicia regularia); denjenigen Erwerb, der unter den Begriff des pecul. castrense, pec. quasi castrense und der sog. bona adventicia irregularia fällt, macht das Hauskind **vollständig** für sich.

2) § 355. Das sog. peculium profecticium.

t. D. XV, 1: de peculio. — t. C. IV, 26: quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur, vel de peculio sive quod iussu aut de in rem verso. — Mandry, über Begriff und Wesen des Peculium. 1869. — Derselbe, in dem bei § 354 citirten Buche. Bd. 2. S. 1—206. — Vangerow, § 233.

Zwei Legaldefinitionen des sog. peculium profecticium finden sich in den Quellen; die eine (in l. 5. § 4 D. h. t. XV, 1): Peculium Tubero quidem sic definit . . . quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet deducto inde si quid domino debetur; die andere (in l. 4. pr. D. eod.): Peculii est non id, cuius servus seorsum domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit, suum a servi ratione discernens. Nach beiden Legaldefinitionen ist **das Peculium ein Theil des Vermögens des Gewalthabers, welchen dieser der gewaltunterworfenen Person (dem Hauskind, dem Sklaven) zur selbständigen Verwaltung übertragen hat**; der Zusatz in der ersten Legaldefinition „deducto inde si quid domino debetur“ ist unpassend, er weist auf das Vorabzugsrecht hin, welches dem mit der act. de peculio belangten Gewalthaber wegen seiner Forderungen zusteht (§ 221 Note 27); dieses Vorabzugsrecht ist, wie die act. tributoria (§ 221 Note 34) beweist, nicht wesentlich, gehört also nicht in die Definition.

1. **Bestandtheile des peculium profecticium.** Zunächst gehört dazu das, was der Vater dem Hauskind in der Absicht, ihm ein Peculium zu constituiren übergibt[1]; auch eine Schenkung des Vaters an das Hauskind begründet bloß ein Peculium[2], jedoch convalescirt sie, wenn

---

[9] l. 2. C. de bon. mat. 6, 60. — [10] l. 1. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [11] cf. l. 28. D. de reb. auct. jud. 42, 5. — [12] l. 6. l. 8. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [13] § 1. I. per quas pers. 2, 9; l. 6. pr. l. 8. pr. C. de bon. quae lib. 6, 61.

[1] l. 8. l. 4. pr. § 2. l. 7. §§ 1. 2. D. h. t. 15, 1. — [2] l. 1. § 1. D. pro don. 41, 6; l. 11. C. de don. 8, 54; l. 15. pr. D. de pec. castr. 49, 17.

der Vater vor dem Hauskind stirbt, ohne sie widerrufen zu haben[3], sowie wenn er das Hauskind emancipirt, ohne sie zu widerrufen[4]. Sodann gehört zum Peculium Alles, was das Hauskind durch die Verwaltung des Peculium erwirbt[5]. Uebrigens sind sämmtliche Vermögensbestandtheile der Peculiareigenschaft fähig: Verhältnisse des Sachenrechtes wie des Obligationenrechtes[6].

2. Rechtsverhältnisse. Das pecul. profecticium steht im Vermögen des Vaters[7]; das Hauskind hat daran das Recht der Verwaltung. Das Hauskind führt diese Verwaltung auf seinen eigenen Namen, daher das Peculium „velut proprium patrimonium“ des Hauskindes angesehen wird[8]; durch Geschäfte, welche das Hauskind bei der Verwaltung des Peculium abschließt, wird der Vater nach den Grundsätzen der act. de peculio, tributoria, de in rem verso verpflichtet (§ 221); zwischen dem Vater und dem Hauskinde können Obligationen geschlossen werden, welche allerdings nur die Kraft einer Naturalobligation haben, immerhin aber eine Vermehrung resp. eine Verminderung des Peculium herbeiführen[9]. Das Recht zur Veräußerung von Peculiarbestandtheilen hat das Hauskind im Allgemeinen nur insofern, als sie nöthig ist (bei leichtverderblichen Sachen und zum Zweck der Tilgung von Peculiarschulden); das freie Veräußerungsrecht hat das Hauskind nur dann, wenn es ihm besonders eingeräumt ist; eine solche besondere Einräumung lag nach römischem Sprachgebrauch darin, daß ihm die administratio oder die libera administratio peculii gegeben wurde[10]; viele Romanisten nehmen das freie Veräußerungsrecht nur bei Einräumung der libera administratio an; allein mit Unrecht, da in mehreren Quellenzeugnissen[11] beide Ausdrücke gleichbedeutend gebraucht werden. Aber auch wenn das Hauskind das freie Veräußerungsrecht hat, kann es Peculiarsachen nicht verschenken, es sei denn aus besonderen Gründen[12].

3. Aufhören des pecul. profecticium. Das Peculium hört auf:

a. wenn der Vater es zurücknimmt; die Befugniß hiezu hat er jederzeit[13];

b. wenn die väterliche Gewalt aufhört; geschieht dies durch den Tod des Vaters, so fällt das Peculium in seinen Nachlaß außer demjenigen Theil, welcher aus Schenkungen des Vaters an das Hauskind stammt (oben Note 2 und 3); geschieht es durch Emancipation des Hauskindes,

---

[3] l. 25. C. de don. i. v. et u. 5, 16; l. 18. pr. C. fam. erc. l. 6. § 2. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [4] l. 31. § 2. D. de don. 39, 5; l. 17. C. de don. 8, 54. — [5] l. 40. D. h. t. 15, 1; l. 1. § 5. l. 4. D. de poss. 41, 2. — [6] l. 7. §§ 4. 5. D. h. t. 15, 1. — [7] l. 4. pr. l. 5. § 4. D. h. t. 15, 1. — [8] l. 39. l. 47. § 6. D. h. t. 15, 1. — [9] l. 7. § 6. l. 11. § 2. l. 38. pr. § 1. l. 52. pr. l. 56. D. h. t. 15, 1. — [10] l. 7. § 1. l. 46. l. 48. § 1. D. h. t. 15, 1; l. 28. § 2. D. de pact. 2, 14; l. 34. pr. D. de nov. 46, 2; l. 84. D. de sol. 46, 3; l. 52. § 26. D. de furt. 47, 2; l. 10. C. quod cum eo 4, 26. — [11] l. 28. § 2. D. de pact. 2, 14; l. 48. D. h. t. 15, 1; l. 3. § 2. D. de sct. Mac. 14, 6. — [12] l. 28. § 2. D. de pact. 2, 14; l. 7. pr.—§ 5. D. de don. 39, 5; l. 1. § 1. D. quae res pign. 20, 3; l. 52. § 26. D. de furt. 47, 2. — [13] l. 8. D. h. t. 15, 1.

so gilt das Peculium als geschenkt, wenn der Vater es ihm nicht nimmt[14];

c. nach einer Verordnung des Kaiser Claudius verbleibt das Peculium dem Hauskind als eigenes Vermögen, wenn der Fiscus das Vermögen des Vaters wegen Schulden in Beschlag nimmt[15].

3) § 356. Peculium castrense und quasi castrense.

t. D. XLIX, 17: de castrensi peculio. — t. C. XII, 37: de castrensi peculio militum et praefectorianorum. — Fitting, das peculium castrense in seiner geschichtlichen Entwickelung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung. 1871. — Vangerow, § 234. 235.

1. Bestandtheile. Zum pec. castrense gehört, was der Haussohn als Soldat erwirbt[1], sei es unmittelbar: Sold, Beute, sei es mittelbar, z. B. was er an Mobilien zur Kriegsrüstung geschenkt erhält[2], Schenkungen und letztwillige Zuwendungen Seitens eines Kameraden[3]. Nach einem Rescript des Kaiser Hadrian gehört dazu auch die Erbschaft, welche dem Soldaten von seiner Ehefrau hinterlassen wird[4]. — Zum pec. quasi castrense gehört, was a) der Haussohn unmittelbar als Staats-[5] oder als Hofbeamter[6] erwirbt, b) was er unmittelbar oder mittelbar als Anwalt erwirbt[7], c) was ein Geistlicher auf irgend eine Weise erwirbt[8], d) was ein Hauskind (Sohn oder Tochter) von dem Regenten oder der Regentin geschenkt erhält[9], e) wenn Jemandem eine Erbschaft unter der Auflage hinterlassen worden ist, sie seinem Haussohne bei der Beendigung der väterlichen Gewalt zu restituiren, so muß er sie (nach einem Rescript Hadrians)[10] sofort restituiren, wenn er die Erbschaftsgüter veruntreut; die Erbschaft fällt nach richtiger Meinung in das pec. quasi castrense des Sohnes, aber sie geht an den Vater zurück, wenn der Sohn vor ihm stirbt, da hierdurch die Bedingung des Universalfideicommisses ausfällt.

2. Rechtsverhältnisse. In Ansehung des pec. castrense und quasi castrense gilt das Hauskind vollständig als gewaltfrei, sowohl dem Vater als dritten Personen gegenüber[11]; es kann daher unter Lebenden wie von Todeswegen darüber verfügen[12]; stirbt es ohne letztwillige Verfügung, so fällt das pec. castrense resp. quasi castrense bis Justinian an den Vater (iure peculii profecticii)[12a], seit Justinian[13] an seine Intestaterben. — Ist das Hauskind handlungsunfähig, so ist eine Vormundschaft einzurichten; zum Amte des Vormundes ist der Vater zu berufen;

---

[14] § 20. I. de leg. 2, 20; l. 53. D. h. t. 15, 1; Vat. fr. 260. 261. — [15] l. 3. § 4. i. f. D. de min. 4, 4.

[1] l. 11. D. h. t. 49, 17; l. 1. C. h. t. 12, 37. — [2] l. 3. § 4. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 6. l. 11. D. h. t. 49, 17; l. 4. C. fam. erc. 3, 36. — [3] l. 5. l. 8. D. h. t. 49, 17; l. 1. l. 4. C. h. t. 12, 37. — [4] l. 13. l. 46. pr. D. h. t. 49, 17. — [5] l. 7. C. de ass. 1, 51; l. 37. pr. C. de inoff. test. 3, 28; l. 6. C. h. t. 12, 37. — [6] l. un. C. de castr. omnium palatinorum pecul. 12, 31. — [7] l. 4. C. de ad div. jud. 2, 7. — [8] l. 34. C. de episc. 1, 3; Nov. 123. c. 19. — [9] l. 7. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [10] l. 50. D. ad sct. treb. 36, 1. — [11] l. 2. D. ad sct. Mac. 14, 6; l. 4. § 1. l. 5. l. 15. §§ 1—4. D. h. t. 49, 17; l. 2. l. 3. C. h. t. 12, 37. — [12] l. 2. l. 14. l. 17. § 1. l. 19. §§ 2—5. l. 20. D. h. t. 49, 17. — [12a] l. 1. l. 2. l. 9. l. 19. § 3. D. de cast. pec. 49, 17. — [13] Nov. 118. c. 1; cf. pr. I. quib. non perm. 2, 12.

lehnt er ab oder ist er unfähig, so tritt das obrigkeitliche Ernennungsrecht ein[14].

4) § 357. Bona adventicia regularia.

t. C. VI, 60: de bonis maternis et materni generis. — cfr. t. C. VI, 61: de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur et eorum administratione. — Vangerow, § 236.

1. Bestandtheile. Zu den bona adventicia regularia gehört Alles, was ein Hauskind nicht aus dem Vermögen des Vaters, sondern anderweither erwirbt[1], vorausgesetzt, daß das Erworbene nicht in das pec. castrense, quasi castrense, noch in die bona adventicia irregularia fällt. Dahin gehört auch die Erbschaft, welche einem Hauskinde unter sieben Jahren anfällt und welche der Vater für dasselbe angetreten hat[2]; wird aber einem über sieben Jahre alten Hauskinde ein Erwerb (namentlich Erbschaft, Vermächtniß, Schenkung) angetragen, so hat er nur dann die Eigenschaft eines bonum adventicium regulare, wenn das Hauskind ihn mit Genehmigung des Vaters annimmt; lehnt der Vater die Zustimmung zur Annahme ab, so kann das Hauskind die Annahme allein erklären und das Erworbene wird bonum advent. irregulare; will das Hauskind nicht annehmen, so kann der Vater den Erwerb vollständig für sich machen[3].

2. Rechtsverhältnisse. Die bona advent. reg. stehen zwar im Eigenthum des Hauskindes[4], allein es kann daran keine aus demselben fließenden Rechte ausüben, namentlich weder unter Lebenden, noch von Todeswegen darüber verfügen[5]; stimmt der Vater zu, so kann das Hauskind darüber unter Lebenden verfügen[6]; Einige behaupten (mit Unrecht), daß das Canonische Recht[7] unter derselben Bedingung dem Hauskinde die Verfügung von Todeswegen zum Besten frommer Zwecke gestatte (§ 392 Note 15). Bei dem Tode des Hauskindes fallen die bona advent. reg. bis Justinian an gewisse nahe Verwandte[7a], seit Justinian an die Intestaterben[7b]. — Der Vater hat an den bona advent. reg. das Recht der Verwaltung und des Nießbrauches[8].

a. Das Verwaltungsrecht des Vaters. Bei der Verwaltung muß der Vater alle Sorgfalt anwenden[9]; dem scheint zwar zu widersprechen, daß er dem Kinde nicht Rechnung zu legen braucht[10]; allein der Widerspruch löst sich, wenn man annimmt, daß der Vater nur dann haftet, wenn das Kind ihm ein Verschulden nachweist. Das Veräußerungsrecht hat der Vater nur bei Sachen, welche leicht verderblich oder unnütz sind, sowie wenn Schulden oder Vermächtnisse, welche das Hauskind mit einer Erbschaft überkommen hat, bezahlt werden müssen[11];

---

[14] l. 7. C. de cur. fur. 5, 70.

[1] l. 6. pr. § 1. C. h. t. 6, 61; § 1. I. per quas pers. 2, 9. — [2] l. 18. pr. C. de jure del. 6, 30; l. 8. § 6. C. h. t. 6, 61. — [3] l. 8. pr. §§ 1. 2. C. h. t. 6, 61. — [4] l. 6. pr. C. h. t. 6, 61. — [5] l. 8. § 5. C. h. t. 6, 61; l. 11. C. qui test. fac. poss. 6, 22; pr. I. quib. non est perm. 2, 12. — [6] l. 8. § 5. C. h. t. 6, 61. — [7] c. 4. in VI. de sepult. 3, 12. — [7a] l. 4. l. 6. § 1. C. de bon. quae lib. 6, 61; l. 11. C. comm. de succ. 6, 59. — [7b] Nov. 118. cap. 1. — [8] l. 6. pr. § 2. C. h. t. 6, 61. — [9] l. 1. C. de bon. mat. 6, 60; l. 8. § 4. C. h. t. 6, 61. — [10] l. 6. § 2. l. 8. § 4. C. h. t. 6, 61. — [11] l. 6. § 2. l. 8. §§ 4. 5. C. h. t. 6, 61; l. 1. l. 2. C. de bon. mat. 6, 60.

jede andere Veräußerung ist nichtig, der dritte Besitzer kann selbst durch Ersitzung (ordentliche oder außerordentliche) kein Eigenthum daran erwerben[12], und die Verjährung der Klagen, die dem Hauskinde hinsichtlich der veräußerten Sachen zustehen, beginnt erst mit Beendigung der väterlichen Gewalt zu laufen (§ 90 Note 3). In einem Falle ist der Vater bei der Verwaltung an die Zustimmung des Hauskindes gebunden, vorausgesetzt, daß es mündig und nicht weit entfernt ist: nämlich bei Processen über die Erbschaft[13].

b. Der Nießbrauch des Vaters ist frei[14] von den gewöhnlichen Einschränkungen des Usufructuars (§ 159 Note 14—17); auch braucht der Vater keine cautio usufructuaria zu stellen[15]. Der Nießbrauch endet in der Regel mit der väterlichen Gewalt; er besteht hingegen selbst nach aufgehobener väterlicher Gewalt fort, α) wenn das Hauskind mit Hinterlassung von descendentischen Erben stirbt; dann behält der Vater den Nießbrauch lebenslänglich; er verliert ihn hingegen, wenn er allein oder zusammen mit den Geschwistern des Kindes dasselbe beerbt[16]; β) wenn er das Hauskind freiwillig emancipirt; dann behält er den halben Nießbrauch als praemium emancipationis[17]. Einige behaupten, daß der Nießbrauch auch fortdauere, nachdem der Vater sein Kind in volle Adoption (§ 365) gegeben hat; die Quellen behandeln diesen Fall nicht, und innere Gründe sprechen gegen die Fortdauer.

5) § 358. Bona adventicia irregularia.

Vangerow, § 237.

1. Bestandtheile. Dazu gehört a. was das Hauskind wider den Willen des Vaters erworben hat (§ 357 Note 3); b. was ein Dritter dem Hauskind mit der Bestimmung, daß der Vater daran kein Recht haben solle, zuwendet[1]; c. wenn der Vater zusammen mit einem Hauskinde ein anderes Kind beerbt, so wird das Erbtheil des Hauskindes ein bon. advent. irreg.[2].

2. Rechtsverhältnisse. Das Hauskind hat an den bona adv. irreg. das volle Eigenthum, allein es kann darüber nicht letztwillig verfügen. Ist das Hauskind großjährig und liegt sonst kein seine Handlungsfähigkeit beschränkender Grund vor, so steht ihm die Verwaltung zu[3]; entgegengesetzten Falles ist eine Vormundschaft einzurichten[4]; in den Fällen 1. a. und c. ist zunächst der Vater als Vormund zu ernennen; lehnt er ab oder ist er unfähig, so tritt das obrigkeitliche Ernennungsrecht ein; in dem Falle 1. b. tritt das Ernennungsrecht der Obrigkeit sofort ein, sofern nicht eine giltige Bestimmung des Zuwendenden entgegensteht (§ 372).

[12] Nov. 22. c. 24. — [13] l. 8. § 3. C. h. t. 6, 61. — [14] l. 1. C. de bon. mat. 6, 60; l. 6. § 2. C. h. t. 6, 61. — [15] l. 8. § 4. C. h. t. 6, 61. — [16] l. 3. l. 4. l. 6. § 1. C. h. t. 6, 61; Nov. 118. cc. 1. 2. — [17] l. 6. § 3. C. h. t. 6, 61; § 2. I. per quas pers. 2, 9.

[1] Nov. 117. c. 1. — [2] Nov. 118. c. 2. — [3] Nov. 117. c. 1. § 1; l. 8. pr. C. de bon. quae lib. 6, 1. — [4] l. 8. § 1. C. de bon. quae lib. 6, 61; Nov. 117. c. 1. § 1.

6) § 359. Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Hauskind.

Vangerow, § 231.

In alter römischer Zeit lebten Vater, Kinder, Schwiegerkinder und Enkel beisammen, und verzehrten den gemeinschaftlichen Erwerb an demselben Tisch[1]. Daraus erklärt sich die Unfähigkeit der Hauskinder zu eigenem Vermögen; daraus erklärt sich ferner, daß der Vater sich ausbedingen kann, daß dem Hauskinde etwas geleistet werden soll und umgekehrt (§ 217 Note 5); daraus erklärt sich endlich, daß zwischen Vater und Hauskind (sowie zwischen zwei derselben Gewalt unterworfenen Hauskindern) Rechtsgeschäfte unzulässig sind[2] (namentlich auch Processe[3], außer wo es sich um mehr persönliche als vermögensrechtliche Fragen handelt, z. B. um Alimente, Emancipation)[4]; sie sind nämlich bei solchen Zuständen undenkbar. Als mit Einführung des peculium profecticium faktisch zwei gesonderte Vermögensmassen entstanden, wurden Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Hauskind resp. zwischen zwei Kindern aus demselben Hause denkbar, und die Obligationen zwischen ihnen naturaliter giltig[5] (§ 355 Note 9). Mit Einführung des pec. castrense und quasicastrense wurde anerkannt, daß hinsichtlich dieser zwischen jenen Personen Rechtsgeschäfte mit voller Wirksamkeit vorgenommen werden können[6], weil diese dem Hauskinde völlig gehören. Consequenterweise hätte dasselbe festgesetzt werden müssen, als später die bona adventicia entstanden, und damit die allgemeine Vermögensfähigkeit der Hauskinder anerkannt wurde, doch ist dies in den Quellen nirgends ausgesprochen, und noch heute wollen viele Juristen diese Consequenz gar nicht (weder bei den bon. adv. reg. noch auch bei den irreg.) oder nur theilweis (bei den bon. adv. irreg.) zugestehen. —

Den oben Note 1—4 beschriebenen Rechtszustand der alten Zeit haben frühere Juristen im Anschluß an einige Quellenäußerungen[7] damit bezeichnen wollen, daß sie zwischen Vater und Hauskind eine unitas personae annahmen; man ist indeß heute einig, daß diese Bezeichnung unpassend ist, denn weder kann der Vater das Kind verpflichten noch umgekehrt.

II. § 360. Heutiges Recht.

Ob die vorstehend entwickelten Grundsätze des Justinianischen Rechts noch heut in voller Geltung sind: darüber wird lebhaft gestritten. Soviel dürfte feststehen, daß die Vorschriften vom pec. castrense, quasi castrense und von den bona adventicia noch heut gelten; dagegen ist es bestritten

1. Ob das pec. profecticium resp. die act. de peculio, tributoria, de in rem verso noch anwendbar seien. Es ist dies zu verneinen, denn

---

[1] Valer. Max. IV, 4, 8; Plutarch. Aem. Paul. 5; Cato mai. 24; Crassus 1. — [2] § 6. I. de inut. stip. 3, 19; l. 2. pr. D. de c. a. 18, 1; l. 50. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 7. D. de o. et a. 44, 7. — [3] l. 4. l. 11. D. de jud. 5, 1; l. 7. § 3. D. de inj. 47, 10. — [4] l. 5. pr. D. de agn. et al. 25, 1; l. 92. D. de cond. 35, 1. [5] Vgl. die Citate in § 230. N. 22. — [6] l. 15. §§ 1. 2. D. de pec. castr. 49, 17; l. 2. D. de sct. Mac. 14, 6. — [7] cf. l. 11. C. de imp. subst. 6, 26; § 4. I. de inut. stip. 3, 19; l. 22. § 1. C. de agric. 11, 47.

„der Begriff des pec. profect. ist in das deutsche Familienleben nie aufgenommen und von dem deutschen Volke nie verstanden worden [1]."

2. Ob Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Hauskind resp. zwischen zwei Kindern aus demselben Hause gelten; es ist dies zu bejahen. Allein noch heute muß behauptet werden, daß Schenkungen des Vaters an das Hauskind ungiltig sind; denn dieser Satz ist in die justinianische Compilation aufgenommen worden, trotzdem die Vermögensfähigkeit des Hauskindes bereits anerkannt war; auch ist er innerlich wohlbegründet: Schenkungen des Vaters an das Hauskind sind (abgesehen von mäßigen Gelegenheitsgeschenken) eben so unpassend wie die eines Ehegatten an den anderen. Wie aber nach Römischem Rechte die Bestellung einer Dos resp. einer Donatio propter nuptias Seitens des Vaters an das Hauskind nicht als Schenkung, sondern als Erfüllung einer gesetzlichen Verbindlichkeit angesehen wird, so muß das Gleiche behauptet werden, wenn der Vater heut den sich absondernden Sohn ausstattet (vgl. auch § 429 unter III.).

3. Ob das praemium emancipationis noch giltig ist. Da die väterliche Gewalt in Deutschland sehr selten durch Emancipation aufgehoben wird (vgl. § 366 unter 6), so fehlte es an der Gelegenheit, das praemium emancipationis zu recipiren; dasselbe gilt also nicht bei uns.

Dritter Titel.

Entstehung der väterlichen Gewalt.

1) § 361. Durch Geburt.

Die väterliche Gewalt entsteht nach Römischem Recht durch Geburt eines Kindes, welches in rechter Ehe (§ 23 Note 2—4) von dem Ehemann gezeugt worden ist (filius legitimus) [1]; die väterliche Gewalt steht dem Ehemann selbst zu, falls er zur Zeit der Zeugung sui iuris war, entgegengesetzten Falles seinem Gewalthaber, und erst nach dessen Tode dem Ehemann [2].

Nach Canonischem und heutigem Rechte gelten die gleichen Grundsätze bei den Kindern aus einer Putativehe (§ 23 Note 16), vorausgesetzt, daß das der Ehe entgegenstehende Hinderniß dem Erzeuger unbekannt war [3].

2) § 362. Durch Legitimation.

t. C. V, 27: de naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis iusti efficiantur. — Vangerow, §§ 254—256.

I. Begriff und historische Einleitung. Die Legitimation ist die Ertheilung der Rechte der ehelichen Geburt an solche Kinder, welche nicht in rechter Ehe gezeugt sind (filii illegitimi) [1]; sie treten dadurch in die Familie ihres Erzeugers

---

[1] Bluntschli, Deutsches Privatrecht § 221. Nr. 1.

[1] pr. I. h. t. 1, 9; § 12. I. de nupt. 1, 10. — [2] l. 4. l. 5. D. de his qui sui 1, 6; pr. I. qu. m. jus pot. 1, 12. — [3] c. 2. c. 14. c. 15. X. qui filii sint leg. 4, 17.

[1] Gai. 1, 89.

ein und sind fortan seiner väterlichen Gewalt unterworfen; vorausgesetzt wird, daß die Kinder nicht widersprechen, resp. daß die willensfähigen zustimmen[2]. — Im classischen Römischen Rechte[3] konnten Kinder aus natürlichen Ehen (§ 23 Note 3), aus Sklavenehen, sowie aus ungiltigen Ehen legitimirt werden. Im nachclassischen Rechte bildete sich die Legitimation der Concubinenkinder aus (§ 23 Note 9. 10), und zwar in dreifacher Weise:

1. Sog. legitimatio per subsequens matrimonium[4]; sie geschieht dadurch, daß der Erzeuger die Concubine heirathet; es sollen dabei Ehepakten (instrumenta dotalia) errichtet werden[4]. Nach vorjustinianischem Rechte ward vorausgesetzt, daß die Concubine freigeboren war und daß eheliche Kinder nicht existirten; beides ward von Justinian für gleichgiltig erklärt.

2. Sog. legitimatio per rescriptum principis[5]; sie geschieht durch kaiserliche Verleihung der Rechte der ehelichen Geburt. Die Verleihung kann vom Erzeuger erbeten werden, aber auch von den Concubinenkindern dann, wenn ihr Erzeuger ihnen dies im Testament erlaubt und sie zugleich zu Erben eingesetzt hat[6] (daher der unpassende Ausdruck der Neueren: legit. per testamentum). Vorausgesetzt wird nach einer Bestimmung Justinians[7], daß keine ehelichen Kinder vorhanden sind, und daß die Ehe mit der Concubine unmöglich ist.

3. Sog. legitimatio per oblationem curiae[8]; sie geschieht bei dem Concubinensohn dadurch, daß der Vater ihn in den ordo decurionum (die curia) seiner Stadt einschreiben läßt; bei der Concubinentochter dadurch, daß der Vater sie an einen Decurio dieser Stadt verheirathet; vorausgesetzt wird, daß der Vater ihnen einen Theil seines Vermögens schenkt oder vermacht. Diese Legitimation begründet übrigens nur ein besonderes Verhältniß zum Vater, nicht auch zu den väterlichen Verwandten.

II. Heutiges Recht. Die Legitimation von Kindern aus natürlichen Ehen und aus Sklavenehen ist heut undenkbar, die von Kindern aus ungiltigen Ehen ist wegen der canonischen Vorschrift über Putativehen zum großen Theil überflüssig geworden. Die Legitimation von Concubinenkindern ist heut wegen des Verbotes des Concubinats undenkbar. Dagegen hat das Canonische Recht[9] die Legitimation der Concubinenkinder per subsequens matrimonium und per rescriptum principis auf uneheliche Kinder überhaupt übertragen; legitimationsfähig sind heut alle unehelichen Kinder, auch incestuosi und adulterini (was früher bestritten wurde)[10]; nur muß be-

[2] l. 11. D. de his qui sui 1, 6; Nov. 89. c. 11. — [3] l. 46. D. de adopt. 1, 7; l. 57. § 1. D. de rit. nupt. 23, 2; l. 68. D. de j. d. 23, 3; l. 25. C. de don. i. v. et u. 5, 16; Gai. 1. 65—80. 92. 96; 3, 5. — [4] l. 5. l. 6. l. 10. l. 11. C. de nat. lib. 5, 27; Nov. 12. c. 4; Nov. 74. pr.; Nov. 89. c. 8; § 13. I. de nupt. 1, 10. — [5] l. 1. C. de nat. lib. 5, 27; Nov. 74. prooem. cc. 1. 2; Nov. 89. c. 9. — [6] Nov. 74. c. 2. § 1; Nov. 89. c. 10. — [7] Nov. 74. c. 1; Nov. 89. c. 9. — [8] l. 3. l. 4. l. 9. C. de nat. lib. 5, 27; § 13. I. de nupt. 1, 10; Nov. 89. cc. 2—4. [9] c. 1. c. 6. c. 13. X. qui filii sint leg. 4, 17. — [10] cf. c. 3. c. 6. X. de eo qui duxit in matr. 4, 7.

merkt werden, daß die incestuosi nach heutigem Recht[11] bloß durch Rescript des Fürsten, die adulterini aber sowohl durch fürstliches Rescript als durch nachfolgende Ehe der Ehebrecher legitimirt werden können.

3) Annahme an Kindesstatt oder Adoption.

t. D. I, 7: de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur; t. C. VIII, 48; t. I. I, 11: de adoptionibus. — Schmitt, die Lehre von der Adoption. 1825. — Vangerow, §§ 248—253.

a. § 363. Begriff und Erfordernisse.

I. **Begriff.** Die Annahme an Kindesstatt (Adoption im weiteren Sinne) ist das Rechtsgeschäft, wodurch Jemand über einen Anderen, welcher nicht in seiner väterlichen Gewalt steht, die väterliche Gewalt erwirbt. Sie ist Adoption im engeren Sinne, wenn der an Kindesstatt Angenommene bisher der väterlichen Gewalt eines Anderen unterworfen gewesen ist; sie heißt Arrogation, wenn der Angenommene bisher sui iuris gewesen ist[1].

II. **Erfordernisse.** Gewisse Erfordernisse sind beiden Arten der Annahme an Kindesstatt gemeinsam; gewisse der Arrogation eigenthümlich.

1. Gemeinsame Erfordernisse sind folgende:

a. Betreffs der Person des Annehmenden. An Kindesstatt annehmen kann nur ein Mann; in der Kaiserzeit wurde zwar auch den Frauen die Annahme an Kindesstatt durch kaiserliches Rescript[2] gewährt (den Anlaß gab der Umstand, daß eine Mutter ihre leiblichen Kinder verloren hatte: in solatium liberorum amissorum), aber es entsteht in diesem Falle kein Gewaltsverhältniß (vgl. § 365). Auch nicht jeder Mann ist zur Annahme an Kindesstatt fähig, sondern nur α) derjenige, welcher nicht Castrat ist[3]; dahingegen sind Spadonen fähig[4]; β) nur ein gewaltfreier Mann, doch kann ein Haussohn ein Adoptivkind dadurch erhalten, daß sein Vater mit seiner Genehmigung Jemanden als Enkel von diesem Sohne annimmt[5]; γ) nur ein älterer Mann, und zwar muß der Annehmende wenigstens achtzehn Jahre (plena pubertate, § 21 N. 14) älter als der Anzunehmende sein[6].

b. Betreffs der Person des Anzunehmenden. An Kindesstatt können Personen jedes Geschlechts und Alters angenommen werden; nur Concubinenkinder, nach heutigem Rechte uneheliche Kinder können von ihrem Erzeuger nicht angenommen werden[7] (für sie ist die Legitimation bestimmt); und eine Person, welche bereits einmal an Kindesstatt angenommen war, aber aus der Gewalt entlassen worden ist, kann nicht nochmals von derselben Person angenommen werden[8].

[11] Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 33.

[1] l. 1. § 1. D. h. t. 1, 7. — [2] l. 5. C. h. t. 8, 48. — [3] § 9. I. h. t. 1, 11. — [4] l. 2. § 1. l. 40. § 2. D. h. t. 1, 7. — [5] l. 10. l. 11. D. h. t. 1, 7; § 7. I. h. t. 1, 11. — [6] l. 40. § 1. D. h. t. 1, 7; § 4. I. h. t. 1, 11. — [7] l. 1. C. de nat. lib. 5, 27; Nov. 74. c. 3; Nov. 89. c. 7. c. 11. § 2. — [8] l. 37. § 1. l. 12. D. h. t. 1, 7.

c. Betreffs Nebenbestimmungen. Die Hinzufügung von Zeitbestimmungen und Bedingungen ist unzulässig [9].

Die meisten dieser Vorschriften sind Folgerungen aus dem Satze: adoptio naturam imitatur [10]; allein dieser Satz ist im Römischen Rechte nicht consequent durchgeführt (es kann ein Spado, ein Unverheiratheter annehmen, es kann Jemand, der keinen Sohn hat, Jemanden als Enkel annehmen) [11]; er kann daher nicht zu Folgerungen benutzt werden, welche im Römischen Rechte nicht ausgesprochen sind, z. B. nicht zu der Behauptung, daß, wer Jemanden als Enkel annimmt, um 36 Jahre älter sein müsse.

2. Besondere Erfordernisse der Arrogation. Die Annahme an Kindesstatt soll dem anzunehmenden Kinde nicht nachtheilig sein; die desfallsige Prüfung nimmt bei der Adoption im engeren Sinne der Gewalthaber vor; bei der Arrogation liegt sie der Obrigkeit ob: sie soll nur einem Manne über sechszig Jahren [12] und nur einem kinderlosen [13] Manne die Arrogation gestatten; sie soll nicht die Arrogation Mehrerer [14], nicht die Arrogation eines Minderjährigen Seitens des Vormundes (selbst nicht nach beendigter Vormundschaft) [15], nicht die Arrogation eines Reichen Seitens eines Armen gestatten [16]; doch werden durch besondere Umstände Abweichungen von diesen Vorschriften gerechtfertigt. — Die Untersuchung über alle diese Umstände soll bei der Arrogation eines Unmündigen mit besonderer Sorgfalt und unter Zuziehung der Blutsverwandten geführt werden [17]; nach einem Rescript von Antoninus Pius [18] muß der Arrogator eines Unmündigen auch Satisdation dafür bestellen, daß, falls der Unmündige als solcher sterben sollte, er dessen Vermögen an Diejenigen herausgeben werde, welche es ohne die Arrogation erhalten hätten, d. h. an den Pupillarsubstituten resp. an die Intestaterben [19] (§§ 403. 409), der pater arrogator hat also in diesem Falle kein Erbrecht; ferner hat der unmündig Arrogirte eine Forderung auf ein Viertel des Nachlasses des Arrogator, falls er von ihm ohne einen vom Richter gebilligten Grund emancipirt oder exheredirt worden ist [20] (quarta divi Pii, § 409 Note 6. § 417); endlich kann der Arrogirte nach erreichter Mündigkeit die Emancipation fordern, falls er nachweist, daß die Arrogation ihm schade [21].

b. § 364. Act der Annahme an Kindesstatt.

Die Formen, unter denen die Annahme an Kindesstatt nach classischem Römischem Rechte geschah, gehören der Rechtsgeschichte an [1]. Nach Justinianischem Rechte geschieht die Adoption im engeren Sinne durch Erklärung des bisherigen Gewalthabers und des Adoptirenden zu gericht-

[9] l. 34. D. h. t. 1, 7. — [10] l. 16. D. h. t. 1, 7; l. 23. pr. D. de lib. et post. 28, 2; § 4. I. h. t. 1, 11. — [11] l. 2. § 1. l. 30. l. 37. pr. l. 40. § 2. D. h. t. 1, 7. — [12] l. 15. § 2. D. h. t. 1, 7. — [13] l. 17. § 3. D. h. t. 1, 7. — [14] l. 15. § 3. D. h. t. 1, 7. — [15] l. 17. pr. l. 32. § 1. D. h. t. 1, 7. — [16] l. 17. § 4. D. h. t. 1, 7. — [17] l. 17. §§ 1. 2. D. h. t. 1, 7; l. 2. C. h. t. 8, 48. — [18] ll. 18—20. D. h. t. 1, 7; § 3. I. h. t. 1, 11; Gai. 1, 103. — [19] ll. 18—22. pr. D. de ad. 1, 7; l. 40. D. de vulg. s. 28, 6. — [20] l. 2. C. h. t. 8, 48; § 3. I. h. t. 1, 11. — [21] l. 32. l. 33. D. h. t. 1, 7.

[1] Gai. 1, 98. 99. 143; Ulp. fr. 8, 2.

lichem Protokoll; vorausgesetzt wird, daß der zu Adoptirende gegenwärtig ist und nicht widerspricht [2]. Stellvertretung ist nicht zulässig [3]. — Die Arrogation geschieht durch ein Rescript des Regenten zufolge Antrages des Arrogirenden unter Zustimmung des zu Arrogirenden [4]; steht der letztere unter Vormundschaft, so ist die Zustimmung seiner sämmtlichen Vormünder erforderlich [5]. — Die Annahme durch eine Frau kann nur durch ein Rescript des Regenten geschehen [6].

c. § 365. Wirkungen der Annahme an Kindesstatt.

I. Historische Einleitung. Nach altem Civilrechte waren die Wirkungen jeder Annahme an Kindesstatt: der Austritt des Angenommenen aus der bisherigen väterlichen Gewalt resp. aus der bisherigen civilen Familie, und sein Eintritt in die Gewalt resp. civile Familie des Annehmenden [1]; in Folge dessen der Untergang des wechselseitigen Erbrechtes in der ersteren, die Entstehung eines solchen in der letzteren; ferner der Untergang der Schulden des Angenommenen [2] (wegen der mit dem Familienwechsel verbundenen capitis deminutio minima). Dazu trat bei der Arrogation eine Universalsuccession des pater arrogator in sämmtliche Activa des Arrogirten außer den höchstpersönlichen [3] (acquisitio per universitatem, § 47 unter II.). Diese Wirkungen wurden durch das prätorische Edict und durch kaiserliche Constitutionen sehr modificirt; am eingreifendsten durch eine Verordnung Justinians [4], welcher die bisherige väterliche Gewalt bei der Adoption im engeren Sinn nur dann für aufgehoben erklärt, wenn der Adoptirende ein Ascendent des zu Adoptirenden ist (von den Neueren adoptio plena, vollkommene Adoption genannt, im Gegensatz zur adoptio minus plena, unvollkommene Adoption, mit welcher die Adoption durch einen Nichtascendenten bezeichnet wird).

II. Heutiges Recht. Es ist einerseits die Arrogation und vollkommene Adoption, andererseits die unvollkommene Adoption, endlich die Adoption Seitens einer Frau zu unterscheiden.

1. Der Arrogirte (nebst seinen etwaigen Hauskindern) sowie der (von seinem Ascendenten, also der) vollkommen Adoptirte treten in die väterliche Gewalt des Annehmenden [5]. Sie erhalten seinen Namen und seinen Stand, außer wenn sie selbst von höherem Stande sind [6]. Zwischen Beiden und ihren Agnaten besteht, so lange die Annahme an Kindesstatt dauert [7], ein volles wechselseitiges Erbrecht [8] (die Ausnahme des arrogator impuberis ist bereits § 363 Note 19 erwähnt); die Rechte des Annehmenden am Vermögen des Angenommenen unterliegen den Grundsätzen der §§ 355—360 [9]. — Die Verbindung des Arrogirten und vollkommen

[2] l. 11. C. h. t. 8, 48. — [3] l. 24. l. 25. § 1. D. h. t. 1, 7. — [4] l. 2. pr. D. h. t. 1, 7; § 1. I. h. t. 1, 11. — [5] l. 5. C. de auct. praest. 5, 59. — [6] l. 5. C. h. t. 8, 48.

[1] Gai. 1, 107; Ulp. fr. 8, 8; Pauli sent. rec. 3, 6; § 11. I. h. t. 1, 11. l. 2. § 2. l. 3. pr. D. de cap. min. 4, 5. — [2] Gai. 3; 84. 4, 38; l. 2. § 1. D. de cap. min. 4, 5. — [3] Gai. 3, 83; § 1. I. de acq. per. arr. 3, 10; l. 15. pr. D. h. t. 1, 7. — [4] l. 10. C. h. t. 8, 48. — [5] l. 1. pr. l. 15. pr. l. 40. pr. D. h. t. 1, 7. — [6] l. 13. l. 35. D. h. t. 1, 7. — [7] l. 13. D. h. t. 1, 7; § 10. I. de her. quae ab int. 3, 1. — [8] l. 23. D. h. t. 1, 7; l. 2. § 3. D. de suis 38, 16. — [9] §§ 2. 3. I. de acq. per arr. 3, 10.

Adoptirten mit ihren bisherigen Agnaten, namentlich ihr gegenseitiges Erbrecht wird vollständig gebrochen; ihr Cognationsverhältniß zu ihren natürlichen Verwandten, also auch das darauf gegründete Erbrecht, bleibt durchaus bestehen[10]; vgl. § 408 unter 2.

2. Der (von einem Nichtascendenten, also der) unvollkommen Adoptirte bleibt seinem bisherigen Gewalthaber unterworfen; die einzige Aenderung in seinen Rechtsverhältnissen besteht darin, daß er, solange die Adoption besteht, ein Recht auf Alimentation, sowie ein einseitiges Intestaterbrecht gegenüber dem Adoptivvater, nicht auch gegen dessen Agnaten, erwirbt[11] (§ 408 unter 2); die unvollkommene Adoption verdient daher nicht ihren Namen.

3. Der von einer Frau Angenommene gilt ihr gegenüber (nicht auch ihren Verwandten gegenüber) als ihr ehelich geborenes Kind[12]; es entsteht also zwischen der Mutter einerseits und dem Angenommenen resp. seinen Descendenten andererseits das elterliche und Kindesrecht, besonders auch gegenseitiges Erbrecht (§ 408 N. 9).

Vierter Titel.

Aufhebung der väterlichen Gewalt.

t. D. I, 7: de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur. — t. C. VIII, 49: de emancipationibus. — t. I. I, 12: quibus modis ius potestatis solvitur. — Vangerow, §§ 257. 258.

1) § 366. Gründe der Aufhebung.

Die väterliche Gewalt hört auf:

1. Durch den Tod des Gewalthabers; wenn jedoch Sohn und Enkel zugleich in der Gewalt des Vaters resp. des Großvaters sind, so hört mit dem Tode des Gewalthabers die Gewalt nur über den Sohn auf, der Enkel aber kommt in die Gewalt seines Vaters[1]. — Dem Tode stand nach Römischem Rechte[2] jede capitis deminutio, nach heutigem Rechte bloß die capitis demin. minima gleich, d. h. wenn ein Gewalthaber sich arrogiren läßt, so geht die Gewalt über seine Hauskinder von ihm auf den Arrogirenden über[3].

2. Durch den Tod des Hauskindes; ihm stand nach Römischem Rechte jede capitis deminutio[4], nach heutigem Rechte bloß die cap. dem. minima gleich, daher hört, wenn ein Hauskind in vollkommene Adoption gegeben wird, die Gewalt seines Vaters über dasselbe auf und geht auf den Adoptivvater über[5].

3. Durch Verwirkung wegen gewisser Verbrechen: wenn der Gewalthaber das Hauskind aussetzt[6], wenn er die Haustochter verkuppelt[7], wenn er eine blutschänderische Ehe eingeht[8].

---

[10] l. 1. § 4. D. unde cogn. 38, 8. — [11] l. 10. pr. §§ 1. 2. C. h. t. 8, 48. — [12] l. 5. C. h. t. 8, 48.

[1] pr. I. h. t. 1, 12; l. 10. D. h. t. 1, 7; l. 5. D. de his qui sui 1, 6. — [2] §§ 1—3. I. h. t. 1, 12. — [3] l. 2. § 2. l. 15. pr. l. 40. pr. D. h. t. 1, 7. — [4] Gai. 1, 128. 129. 131; Ulp. fr. 10, 3. — [5] § 8. I. h. t. 1, 12; l. 10. C. de ad. 8, 48. — [6] l. 2. C. de inf. exp. 8, 52. — [7] l. 6. C. de spect. 11, 40; l. 12. C. de episc. aud. 1, 4. — [8] Nov. 12. c. 2.

4. Durch gewisse Würden des Hauskindes[9]: die geistliche in früherer Zeit des flamen Dialis, der virgo Vestalis, in späterer Zeit die des Bischofs; die weltliche des Patricius, des Consul, des praefectus praetorio, des praefectus urbi, des magister militum. Davon existirt heut bloß die Bischofswürde; doch haben die Particularrechte neue Würden und Aemter hinzugefügt.

5. Durch Emancipation (absichtliche Entlassung) des Hauskindes Seitens des Gewalthabers[10]; die Emancipation unterliegt dem freien Willen des Gewalthabers[11]; nur in wenigen Fällen kann er dazu gezwungen werden: wenn er das Hauskind schlecht behandelt[12], wenn er ein Vermächtniß mit dieser Auflage angenommen hat[13], wenn einem unmündig Arrogirten die Arrogation nicht zuträglich ist[14]. — Die Emancipation kann nur mit Einwilligung des zu Emancipirenden geschehen[15], außer wenn er noch Kind (unter sieben Jahren) ist[16], sowie (was freilich Viele bestreiten) wenn er an Kindesstatt angenommen war[17]. — Wegen grober Injurien gegen den früheren Gewalthaber kann ein emancipirtes Kind wieder in die Gewalt zurückgenommen werden[18]. — Die Form, in welcher die Emancipation nach classischem Römischem Rechte geschah, gehört der Rechtsgeschichte an[19]; nach Justinianischem und heutigem Rechte kann sie entweder durch ein bei Gericht niederzulegendes Rescript des Regenten geschehen (sog. emancipatio Anastasiana)[20] oder durch Erklärung des Gewalthabers zu gerichtlichem Protokoll (sog. emancipatio Iustinianea)[21]. Es gibt auch eine formlose Emancipation (sog. tacita emancipatio); sie liegt darin, daß der Gewalthaber das Kind längere Zeit als gewaltfreies leben läßt; zwar wird diese formlose Emancipation von den Meisten bestritten — allein gegen klare Quellenzeugnisse[22].

6. Nach Deutschem Rechte wird der Haussohn dadurch gewaltfrei, daß er sich selbständig ernährt (per separatam oeconomiam), die Haustochter durch Verheirathung. Die genaueren Grundsätze über die sog. emancipatio germanica s. saxonica s. tacita gehören der Darstellung des Deutschen Rechtes an.

2) § 367. Wirkungen der Aufhebung.

Die Wirkungen der Aufhebung der väterlichen Gewalt beziehen sich hauptsächlich auf den Gewalthaber und das Hauskind. Der Gewalthaber verliert die in § 353 aufgezählten Rechte, behält jedoch zuweilen den Nießbrauch am Vermögen des Kindes ganz oder theilweise (§ 357 Note 16. 17); das Hauskind wird entweder sui iuris oder gelangt in die Gewalt einer anderen Person. — In zwei Fällen wird auch das Agnationsverhältniß, in welchem sich das Hauskind be-

[9] Gai. 1, 130; § 4. I. h. t. 1, 12; l. 5. C. de cons. 12, 3; Nov. 81. pr. cc. 1. 3. — [10] §§ 6—10. I. h. t. 1, 12. — [11] l. 31. D. h. t. 1, 7; l. 8. D. si tab. nullae 38, 6; § 10. I. h. t. 1, 12. — [12] l. 5. D. si a. par. 37, 12. — [13] l. 92. D. de cond. 35, 1. — [14] l. 32. l. 33. D. h. t. 1, 7. — [15] l. 5. C. h. t. 8, 49; Nov. 89. c. 5. pr. — [16] l. 5. C. h. t. 8, 49. — [17] l. 9. l. 10. pr. C. de ad. 8, 48. — [18] l. un. C. de ingr. lib. VIII, 50. — [19] cf. Gai. 1, 132; Ulp. fr. 10, 1. — [20] l. 5. C. h. t. 8, 49. — [21] l. 6. C. h. t. 8, 49; § 6. I. h. t. 1, 12. — [22] l. 25. D. h. t. 1, 7; l. 1. C. de pat. pot. 8, 47.

fand, aufgehoben: bei der vollkommenen Adoption, bei der römischen Emancipation; bei letzterer können jedoch die Agnatenrechte ausdrücklich vorbehalten werden[1]. Bei der Emancipation entsteht ein neues Verhältniß zwischen dem Emancipirenden und dem Emancipirten, welches dem Patronat des Freilassers über den Freigelassenen ähnlich ist und sich in einem Erbrecht des parens manumissor und in seinem Anrecht auf die Vormundschaft äußert[2]; die Fortdauer dieser beiden Rechte in heutiger Zeit ist bestritten; nach richtiger Meinung ist das Erbrecht als durch die Nov. 118 aufgehoben anzusehen (§ 408), dahingegen besteht der Anspruch auf die Vormundschaft noch heut fort (§ 372 Text bei Note 22. 23). — Die Rechte der Blutsverwandtschaft bleiben auch nach aufgehobener väterlicher Gewalt[3], außer wenn sie lediglich eine Folge der Agnation sind (so bei dem Arrogirten, § 23 Note 30).

Viertes Capitel.

Die Vormundschaft.

D. lib. XXVI. XXVII. — t. C. V. 28—75. — t. I. I, 13—26. — Rudorff, das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2 Bde. 1832—34.

Erster Titel.

§ 368. Begriff der Vormundschaft.

Die Vormundschaft ist eine durch Rechtsvorschrift angeordnete Fürsorge und Vertretung für solche Personen, welche selbst gar nicht oder nicht gehörig für sich zu sorgen vermögen.

1. Die Vormundschaft ist durch Rechtsvorschrift angeordnet; denn es hat der Staat ein Interesse an dem Wohlergehen seiner Glieder, und er kann es nicht zulassen, daß Jemand wegen Schutzlosigkeit zu Schaden komme. Deshalb ist die Vormundschaft ein öffentliches Amt[1]; deshalb ferner gehören die Vorschriften über das Vormundschaftswesen zu dem zwingenden Rechte (§ 12) und nur in beschränktem Umfange ist es Privatpersonen erlaubt, Dispositionen in dieser Beziehung zu treffen. (§ 372. I.) Noch mehr: es hat sich allmählich eine Aufsicht des Staates über die Schutzbedürftigen und die Vormünder entwickelt, welche in Deutschland durch die Gerichte ausgeübt und „Obervormundschaft" genannt wird (§ 385).

2. Die Vormundschaft ist eine Fürsorge und Vertretung für eine schutzbedürftige Person; sie erzeugt demnach ein dop-

---

[1] l. 11. C. de leg. her. 6, 58. — [2] § 6. I. h. t. 1, 12; § 8. I. de leg. agn. 3, 2; t. D. 37, 12: si parente quis manumissus sit. — t. I. 1, 18: de parentum legitima tutela. — [3] l. 4. § 10. D. de grad. cogn. 38, 10.

[1] pr. I. de excusat. 1, 25.

peltes Verhältniß: einmal dasjenige zwischen dem Vormund und dem Mündel, für welches der Vormund zu sorgen hat; sodann dasjenige zwischen dem Vormund resp. dem Mündel und den dritten Personen, denen gegenüber der Vormund das Mündel zu vertreten hat. Das letztere Verhältniß ist bereits früher mehrfach zur Sprache gekommen (§§ 66. 117. 131. 221. 222); hier soll das erstere behandelt werden.

3. Das Bedürfniß nach Fürsorge und Vertretung muß darin seinen Grund haben, daß eine Person selbst für sich gar nicht oder nicht gehörig zu sorgen vermag: in jugendlichem Alter, in geistiger oder körperlicher Krankheit, in unsinniger Verschwendung. Wo andere Umstände jenes Bedürfniß erzeugen, verhält sich der Staat entweder ganz unthätig (z. B. bei übergroßen Geschäften eines Menschen) oder er richtet doch keine Vormundschaft, sondern nur etwas Aehnliches ein (so in den Fällen der cura bonorum, § 308). — Aber auch wo das Bedürfniß in der verlangten Art vorhanden ist, unterbleibt die Einrichtung einer Vormundschaft regelmäßig dann, wenn die schutzbedürftige Person in väterlicher Gewalt steht; doch gibt es hiervon Ausnahmen (bei dem pec. castr. und den bona adv. irreg.[2], vgl. §§ 356. 358).

Zweiter Titel.

§ 369. Historische Einleitung.

v. Savigny, über den Schutz der Minderjährigen im Römischen Rechte und insbesondere von der l. Plaetoria. 1835. — Vangerow, §§ 263. 291—293.

Das Römische Recht hat zwei Gestaltungen der Vormundschaft: 1) tutela, 2) cura s. curatio; jene über Unmündige[1] und (bis in die Mitte der Kaiserzeit) über Frauen[2] (tut. pupillaris, muliebris), diese über Geisteskranke, Verschwender (nach den 12 Tafeln)[3], über Minderjährige[4], Kranke[5], zuweilen auch über Unmündige (nach dem Rechte der Kaiserzeit). Von jener (der Tutel) existirt eine Legaldefinition[6]: tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa; dieselbe ist aber unrichtig, einmal, weil sie bloß die Unmündigen als der Tutel unterworfen bezeichnet, sodann, weil sie die Tutel als eine potestas bezeichnet, also der väterlichen Gewalt parallelisirt.

Der innere Unterschied zwischen den beiden Gestaltungen der Vormundschaft im Römischen Rechte ist bestritten. Früher faßte man ihn dahin, daß die hauptsächlichste Thätigkeit des Tutor in der Sorge für die Person des Mündels (Erziehung und Alimentation), die des Curator in der Verwaltung des Mündelvermögens bestehe; die Anhänger dieser Ansicht beriefen sich namentlich auf den Quellenausspruch[7]: certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus,

---

[2] l. 8. § 1. C. de bon. quae lib. 6, 61; Nov. 117. c. 1.

[1] Gai. 1, 144. 189. 190. 193; Ulp. fr. 11, 1; § 1. I. de tut. 1, 13. — [2] Gai. und Ulp. l. c.; fr. Vat. §§ 45. 229. — [3] Gai. 2, 64; Ulp. fr. 12, 2; l. 1. pr. l. 7. pr. D. de cur. fur. 27, 10. — [4] S. die Nachweise unten. — [5] § 4. I. de cur. 1, 23. — [6] l. 1. pr. D. de tut. 26, 1. — [7] l. 12. l. 14. D. de test. tut. 26, 2; cf. § 4. I. qui test. tut. 1, 14; § 2. I. de cur. 1, 23; l. 8. C. de nupt. 5, 4.

quia personae, non rei vel causae datur. Allein man ist heut von der Unrichtigkeit dieser Meinung überzeugt; denn dem tutor mulieris lag keine Sorge für die Person des Mündels ob, und was den angeführten Quellenausspruch betrifft, so ist er wahrscheinlich dahin auszulegen, daß der Vater, wenn er im Testament seinen Kindern einen Vormund ernennt, ihn für alle Geschäfte, die in der Person des Mündels ihren Mittelpunkt haben, nicht aber für ein einzelnes ernennen solle. Heutige Juristen betonen zumeist, daß der Tutor die Befugniß zur interpositio auctoritatis habe[8] (§ 380), ja, daß gewisse Tutoren (der tut. mulieris und der tut. honorarius, § 381) bloß die Befugniß zur interpositio auctoritatis, nicht aber zu irgend einem Verwaltungsact haben[9] (vgl. § 381 Note 8), während der Curator statt der auctoritatis interpositio den Consensus ertheilt[10]; sie gründen darauf die Behauptung, daß die Tutel (nicht aber die Cura) in der Ergänzung einer unvollkommenen Persönlichkeit bestanden habe; indeß ist diese Behauptung unschlüssig, ja auch unrichtig, da der tutor infantis das Recht zur auctoritatis interpositio regelmäßig[11] nicht hat. Wahrscheinlich ist der Gegensatz von Tutel und Cura in der Verschiedenheit der Mündel zu suchen: eine Tutel wurde bei Bürgern, welche die öffentlichen Rechte entbehren (Unmündige und Frauen) eingerichtet, eine Cura bei Bürgern, welche die öffentlichen Rechte haben (Minderjährige, Verschwender, Kranke) und höchstens an ihrer Ausübung verhindert sind (Geisteskranke). Daraus folgt, daß der Gegensatz, weil er von einem dem Privatrecht fremden Umstande herstammt, unhaltbar ist; er ist schon im römischen Rechte verletzt worden, indem Unmündige vielfach Curatoren erhielten (§ 372), und die Reichsgesetzgebung des 16. Jahrhunderts, die in den beiden Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 niedergelegt ist, kennt ihn überhaupt nicht mehr.

Die eben erwähnte Reichsgesetzgebung[12] hat zwei wesentliche Neuerungen eingeführt:

1. Eine bedeutende Ausdehnung der Obervormundschaft, namentlich die Vorschrift, daß die Obervormundschaftsbehörde fortdauernd die Geschäftsführung des Vormundes überwachen, und für jede Nachlässigkeit dem Mündel subsidiär haften solle (§ 385).

2. Die Verlängerung der Vormundschaft über Unerwachsene bis zum vollendeten 25. Lebensjahre. Nach dem Civilrecht ist der Mündige (und zwar nach späterem Kaiserrecht gleichviel ob männlich oder weiblich) handlungsfähig; nach einer lex Plaetoria aus republikanischer Zeit und einer Verordnung von Mark Aurel[13] kann sich der pubes minor viginti quinque annis, welcher nicht in väterlicher Gewalt steht, die Bestellung eines Curator bei dem Magistrat erbitten, und alsdann ist seine Hand-

---

[8] Ulp. fr. 11, 25; l. 1. § 2. D. de tut. 26, 1. — [9] Ulp. fr. 11, 25; Gai. 190. 191; l. 49. D. de acq. her. 29, 2. — [10] l. 1. § 3. D. de adm. 26, 7; l. 26. C. de adm. 5, 37; l. 2. qui leg. pers. 3, 6. — [11] Zwei Ausnahmen siehe in l. 32. § 2. D. de a. p. 41, 2 und l. 65. § 3. D. ad sct. treb. 36, 1; vgl. §§ 114. 419. — [12] Reichspolizeiordnung v. 1548. Tit. 31. §§ 1—3; v. 1577. Tit. 32. §§ 1—3. — [13] Capitolinus in Marco c. 10.

lungsfähigkeit ebenso beschränkt wie die eines infantia maior, welcher unter Tutel steht; nur kann er ein Testament machen, und einen (promissorischen) Eid behufs Bekräftigung eines Vertrages leisten; Viele behaupten, daß er auch durch Obligationen sich verpflichten konnte, allein dem Quellenzeugniß, welches für diese Behauptung angeführt wird[14], steht ein anderes Quellenzeugniß[15] entgegen, wonach der Vertrag, durch welchen der Minderjährige eine Sache verkauft, ungiltig ist. — Die Erbittung des Curator hing im Allgemeinen von der Willkür der Minderjährigen ab[16]; allmählich aber konnte er ihm in einigen Fällen aufgedrungen werden: so von seinem Schuldner, der ihm Zahlung leisten wollte[17], von seinem Gegner, der mit ihm processiren wollte[18], von seinem Tutor, der ihm Rechnung legen und sein Vermögen aushändigen wollte[19]; in Folge dessen standen diejenigen Minderjährigen, welche Vermögen besaßen, schon bei den Römern gewöhnlich unter einem Curator[20]; die Reichsgesetzgebung des 16. Jahrhunderts hat dies zum allgemeinen Gesetz gemacht. Seitdem steht jeder Minderjährige, welcher nicht der väterlichen Gewalt unterworfen ist, unter Vormundschaft, und er hat vor dem unmündigen Bevormundeten nur die Fähigkeit zur Errichtung eines Testaments und zur Leistung eines promissorischen Eides voraus.

Dritter Titel.

Dogmatische Darstellung.

I. Die Einrichtung einer Vormundschaft.

Vorbemerkung.

Zur Einrichtung einer Vormundschaft gehört,

1. daß eine Person der Vormundschaft bedürfe (§ 370);

2. daß eine fähige Person zur Führung der Vormundschaft berufen sei (§§ 371—373);

3. daß die berufene Person zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet sei (§§ 374. 375).

A. § 370. Der Bedürfnißfall.

Als der Vormundschaft bedürftig gelten nach heutigem Rechte folgende Personen:

1. Minderjährige (tutela impuberum, cura minorum);

2. Geisteskranke (cura furiosi) und in hohem Grade Geistesschwache (fatui)[1]; es bedarf einer gerichtlichen Untersuchung, um die Geisteskrank-

[14] l. 101. D. de v. o. 45, 1. — [15] l. 3. C. de in int. rest. 2, 22; vgl. auch l. 26. C. de adm. tut. 5, 37. — [16] § 2. I. de cur. 1, 23; cf. l. 13. § 2. de tutor. 26, 5; l. 2. § 4. D. qui pet. 26, 6; l. 36. § 1. D. de excus. 27, 1; l. 6. C. qui pet. 5, 31. — [17] l. 7. § 2. D. de min. 4, 4. — [18] § 2. I. de cur. 1, 23; l. 1. C. qui pet. 5, 31. — [19] l. 7. C. qui pet. 5, 31; cf. l. 5. § 5. l. 33. § 1. D. de adm. 26, 7. — [20] l. 1. § 3. l. 2. l. 3. pr. D. de min. 4, 4.

[1] l. 2. D. de post. 3, 1; l. 21. D. de reb. auct. jud. 42, 5.

heit resp. die Geistesschwachheit festzustellen[2] (vgl. § 49 unter 1); in lichten Zwischenräumen des Geisteskranken hört die Vormundschaft nicht auf, sondern sie ruht nur[3];

3. Verschwender (cura prodigi); auch hier ist eine Prodigalitätserklärung Seitens des Gerichtes nach vorausgegangener Untersuchung erforderlich[4] (vgl. § 49 unter 2. e);

4. Kranke oder mit einem körperlichen Gebrechen (Stummheit, Taubheit) behaftete Personen (sog. debiles personae, preßhafte Personen); diese werden nur auf ihren eigenen Antrag unter Vormundschaft gestellt[5].

In der Regel wird vorausgesetzt, daß diese Personen nicht in väterlicher Gewalt stehen[6]; daß es aber hievon Ausnahmen gibt, ist schon früher bemerkt (§ 368 a. E.).

B. Die Berufung einer zum vormundschaftlichen Amte fähigen Person.

1) § 371. Die Fähigkeit resp. Unfähigkeit.

Vangerow, § 270.

Fähig zum vormundschaftlichen Amte ist in der Regel jede männliche Person[1], welche nicht selbst eines Vormundes bedarf[2]; auch ein Haussohn ist, da die väterliche Gewalt auf die öffentliche Stellung der Hauskinder ohne Einfluß ist, fähig[3]; nach Römischem Rechte ist auch ein Jude zur Vormundschaft über Christen fähig[4]; anders nach der bisherigen Praxis[5], doch ist in Folge des Bundesgesetzes vom 3. Juli 1869 der Römische Rechtsgrundsatz wieder hergestellt (§ 28 a. E.). Die unfähigen Personen zerfallen in zwei Classen; die erste Classe bilden Diejenigen, deren Berufung nichtig ist, so daß Derjenige berufen wird, welcher im Falle der Nichtexistenz des Unfähigen berufen worden wäre; die zweite Classe bilden Diejenigen, deren Berufung von der Obervormundschaftsbehörde nicht anerkannt wird (in den Quellen excusantur a magistratu, bei den Neueren: sie haben eine excusatio necessaria), so daß die Obervormundschaftsbehörde einen Vormund ernennt.

I. Zur ersten Classe gehören:

1. Frauen[6]; ausgenommen ist (nach Gesetzen der späteren Kaiserzeit)[7] die Mutter und Großmutter des Unmündigen nach dem Tode seines Vaters; sie können die Uebertragung sogar unter Ausschluß anderer gleich naher Intestaterben verlangen, unter der Bedingung, daß sie den weib-

---

[2] l. 6. D. de cur. fur. 27, 10. — [3] l. 6. C. de cur. fur. 5, 70. — [4] l. 1. pr. D. de cur. fur. 27, 10. — [5] § 4. I. de cur. 1, 23; l. 2. D. de cur. fur. 27, 10; l. 12. pr. § 1. D. de tut. et cur. 26, 5. — [6] l. 1. l. 7. pr. C. de cur. fur. 5, 70.

[1] l. 16. pr. D. de tut. 26, 1; l. 1. C. qu. mul. 5, 35. — [2] l. 16. § 1. l. 17. D. de tut. 26, 1; § 13. I. de exc. 1, 25. — [3] pr. I. qui test. tut. 1, 14; l. 7. D. de tut. 26, 1. — [4] l. 15. § 6. D. de exc. 27, 1. — [5] Arg. l. 19. C. de Jud. 1, 9; c. 18. X. de Jud. 5, 6. — [6] l. 16. pr. l. 18. D. de tut. 26, 1; l. 1. C. qu. mul. tut. 5, 35. — [7] l. 2. C. qu. mul. 5, 35; l. 6. C. ad sct. Tert. 6, 50; l. 6. C. in qu. c. pig. 8, 15; l. 3. C. de leg. tut. 5, 30; l. 4. C. de conf. tut. 5, 27; Nov. 22. c. 38. c. 40; Nov. 94. praef. cc. 1, 2; Nov. 118. c. 5; Nov. 155. Ueber das ältere Recht: l. 26. D. de test. tut. 26, 2; l. 18. D. de tut. 26, 1.

lichen Rechtswohlthaten, namentlich der exc. scti Vellei. entsagen, daß sie zugleich angeloben zu keiner weiteren Ehe zu schreiten, und endlich, daß sie ihr ganzes Vermögen dem Mündel verpfänden. Die Mutter verliert die Vormundschaft, falls sie zu einer neuen Ehe schreitet (§ 350 Note 7).

2. Bischöfe und Mönche nach einer Verordnung Justinians, während andere Geistliche wenigstens zur gesetzlichen Vormundschaft (§ 372) fähig sind[8]. Nach einer früheren Verordnung Justinians[9] hatten alle Geistlichen und Mönche nur ein Excusationsrecht (§ 374); das Canonische Recht[10] hat bloß diese Verordnung reproducirt, und deshalb halten Viele diese für das jetzt geltende Recht.

3. Soldaten, außer wenn sie im Testamente eines Kameraden berufen sind[11]. Nach dem Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 41 sind die Militärpersonen des Friedensstandes und die Civilbeamten der Militärverwaltung nicht mehr schlechthin unfähig, sondern sie können bloß die Uebernahme der Vormundschaft ablehnen (§ 375), und bedürfen zur Uebernahme der Genehmigung ihrer Vorgesetzten.

4. Minderjährige sind nach einer Verordnung Justinians[12] zur tutela legitima und dativa (§ 372) unfähig; sind sie durch Testament berufen, so wird ein Interimsvormund bis zur Großjährigkeit des Berufenen von der Obervormundschaftsbehörde ernannt[13]. Vor Justinian war selbst der Unmündige fähig, und es ward bis zu seiner Mündigkeit ein Interimsvormund bestellt[14].

5. Nach dem Reichsstrafgesetzbuch § 34 Nr. 5 bewirkt die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte die Unfähigkeit, während der im Urtheil bestimmten Zeit Vormund zu sein, es sei denn, daß es sich um Verwandte in absteigender Linie handelt und die obervormundschaftliche Behörde die Genehmigung ertheilt.

II. Zur zweiten Classe gehören:

1. Geisteskranke, Stumme, Taube, Blinde, und andere wegen Krankheit zur Verwaltung ungeeignete Personen[15].

2. Wer mit dem Vater des Mündels in unversöhnter Feindschaft gelebt hat[16].

3. Wer mit dem Mündel oder seinem Vater in eine status controversia verwickelt ist[17].

4. Gläubiger und Schuldner des Mündels (nach einer Verordnung von Justinian)[18]. Wer zum Mündel in einem solchen Verhältniß steht, soll der Obervormundschaftsbehörde davon Anzeige machen; verschweigt

[8] Nov. 123. c. 5. — [9] l. 52. C. de ep. et cler. 1, 3. — [10] c. 40. C. 16. qu. 1. — [11] l. 4. C. qui dare tut. 5, 34; l. 23. § 1. D. de exc. 27, 1. — [12] l. 5. C. de leg. tut. 5, 30. — [13] l. 32. § 2. D. de test. tut. 26, 2; § 2. I. qui dare tut. 1, 14. — [14] l. 10. § 7. D. de excus. 27, 1; l. 9. § 1. D. de tut. et rat. 27, 3. — [15] l. 1. §§ 2. 3. l. 17. D. de tut. 26, 1; l. 10. § 5. D. de leg. tut. 26, 4; l. 40. D. de exc. 27, 1; l. 3. C. qui dare tut. 5, 34; l. un. C. qui morbo 5, 67. — [16] l. 3. § 12. D. de susp. tut. 26, 10; l. 6. § 17. D. de exc. 27, 1; ll. 8—10. D. de conf. tut. 26, 3; §§ 9—11. I. de exc. 1, 25. — [17] l. 27. § 1. D. de tut. test. 26, 2; l. 6. § 18. D. de exc. 27, 1; § 12. I. eod. 1, 25. — [18] Nov. 72. cc. 1—4. Ueber das frühere Recht: § 4. I. de exc. 1, 25; l. 20. l. 21. pr. D. eod. 27, 1; l. 16. C. eod. 5, 62.

der Gläubiger bei Uebernahme der Vormundschaft seine Forderung, so verliert er sie zur Strafe; verschweigt der Schuldner seine Schuld, so kann er, so lange die Vormundschaft währt, weder durch Zahlung noch sonst von seiner Schuld sich befreien. Entsteht ein Schuldverhältniß zwischen Vormund und Mündel erst nach übernommener Vormundschaft, so ist ein zweiter Vormund zu bestellen. Die Mutter des Mündels ist zur Vormundschaft fähig, selbst wenn sie seine Gläubigerin oder Schuldnerin ist[19].

5. Wer durch den Vater oder die Mutter des Mündels von der Führung der Vormundschaft ausgeschlossen worden ist[20].

6. Wer sich durch Zudringen verdächtig macht[21].

7. Der Ehemann hinsichtlich der Ehefrau, der Bräutigam hinsichtlich der Braut, der Schwiegervater hinsichtlich der Schwiegertochter[22].

8. Ueberhaupt Jeder, aus dessen Verwaltung ein Nachtheil für den Pupillen zu befürchten ist[23].

2) Die Berufung zur Vormundschaft. (Delation der Vormundschaft.)

a. § 372. Römisches Recht.

Vangerow, §§ 264—269.

Der Delationsgrund ist je nach der Person der Mündel verschieden.

I. Bei den Unmündigen ist er dreifach: letztwillige Anordnung, Rechtssatz und obervormundschaftliche Anordnung, und danach unterscheidet man die tutela testamentaria (tutor testamentarius), tutela legitima (tutor legitimus), und tutela dativa (tutor dativus; doch wird in den Quellen der tutor testam. auch tutor dativus genannt)[1].

1. Tutela testamentaria[2]. Der Gewalthaber eines Unmündigen, durch dessen Tod der letztere sui iuris wird[3], kann ihm im Testament oder in einem testamentarisch bestätigten Codicill[4] (§ 439) einen Tutor ernennen; der Ernannte muß individuell bestimmt sein[5] und die sog. testamentifactio passiva haben (§ 398)[6]; die Ernennung kann unter Bedingungen und Zeitbestimmungen geschehen[7], nicht aber für einzelne Sachen oder Geschäfte[8] (vgl. § 369 Note 7). Sind alle diese Vorschriften befolgt, und wird hierauf die Erbschaft von dem im Testament berufenen Erben erworben[9], so wird der Ernannte sofort (ipso iure) Vormund. Fehlt es an einem Erforderniſſe, so wird dennoch die Ernennung durch Bestätigung der Obervormundschaftsbehörde (confirmatio, bei den Neueren confirm. ex iure Romano, cf. § 374) zuweilen auf-

---

[19] Nov. 94. c. 1. — [20] l. 21. § 2. D. de tut. et cur. 26, 5; l. un. C. si contra matris 5, 47. — [21] l. 21. § 6. D. de tut. et cur. 26, 5. — [22] l. 1. § 5. D. de exc. 27, 1; l. 4. l. 17. C. eod. 5, 62; l. 2. C. qui dare 5, 34. — [23] l. 3. § 12. D. de susp. tut. 26, 10.

[1] Vgl. einerseits l. 7. D. rem pup. 46, 6; l. 5. C. de leg. tut. 5, 30; l. 52. pr. C. de ep. et cler. 1, 3; andererseits Gai. 1, 154; Ulp. fr. 11, 14. — [2] t. D. 26, 2; t. C. 5, 28: de testamentaria tutela. — [3] §§ 3. 4. I. de tut. 1, 13; l. 1. l. 2. D. h. t. 26, 2; l. 73. § 1. D. de r. j. 50, 17. — [4] l. 3. pr. D. h. t. 26, 2. — [5] l. 20. pr. D. h. t. 26, 2; § 27. I. de leg. 2, 20. — [6] l. 21. pr. D. h. t. 26, 2. — [7] l. 8. §§ 1—3. l. 11. pr. D. h. t. 26, 2; § 3. I. de tut. 1, 13. — [8] ll. 12—15. D. h. t. 26, 2; § 4. I. qui test. 1, 14. — [9] l. 9. D. h. t. 26, 2; l. 45. § 1. D. de exc. 27, 1.

rechterhalten[10], und man spricht alsdann von einer tutela testamentaria imperfecta s. minus plena; es gelten hierüber folgende Grundsätze:

a. Ist die Ernennung vom Vater ausgegangen, und liegt der Mangel daran, daß er das Kind nicht mehr in der Gewalt, oder daß er in der Form gefehlt hatte, so wird der Ernannte schlechthin (sine inquisitione) bestätigt, und zwar gleichviel, ob er sein Kind zum Erben eingesetzt oder enterbt hat[11]. Liegt der Mangel daran, daß der Unmündige ein Concubinenkind (heut ein uneheliches) ist, so erfolgt die Bestätigung nur dann, wenn der Ernennende dem Unmündigen etwas hinterlassen hat, und wenn die Obervormundschaftsbehörde sich in einer Untersuchung von der Tüchtigkeit des Ernannten überzeugt hat (ex inquisitione)[12].

b. Ist die Ernennung von der Mutter ausgegangen, so erfolgt die Bestätigung nur dann, wenn sie ihr Kind zum Erben eingesetzt hat, und nach einer Untersuchung über die Tüchtigkeit des Ernannten[13].

c. Ist die Ernennung von einem Fremden ausgegangen, so erfolgt die Bestätigung nur dann, wenn er den Unmündigen zum Erben eingesetzt, und der Unmündige kein anderweites Vermögen hatte; auch hier ist eine Untersuchung über die Tüchtigkeit des Ernannten nothwendig[14].

Ein bestätigter Tutor wird erst durch das confirmirende Decret der Obervormundschaftsbehörde zur Vormundschaft berufen[15]; erst von nun an kann er verwalten[16], erst von nun an läuft ihm die Excusationsfrist[17] (§ 375); mit anderen Worten: er ist ein tutor dativus, doch wird er in einigen Beziehungen wie ein tutor testamentarius behandelt: er verliert, wenn er sich excusirt, das ihm letztwillig Hinterlassene[18] (§ 424 Note 26), er braucht keine Caution zu stellen[19] (§ 374 Note 7).

2. Tutela legitima[20]. Intestaterbrecht und vormundschaftliches Amt pflegen Hand in Hand zu gehen; daher wurde nach altem Civilrecht den Agnaten in der Ordnung, in welcher sie zur Erbschaft ab intestato berufen wurden, auch die Tutel deferirt[21]; dies blieb fast unverändert bis zur Nov. 118, trotz der Aenderungen, welche unterdeß das Intestaterbrecht erfahren hatte (§ 407); bei den vom Vater Emancipirten war der Vater selbst der Vormund (parens manumissor)[22]. Seit Nov. 118 sind neben die Agnaten die Cognaten getreten[23]. Ob die Tutel des emancipirenden Vaters noch nach der Nov. 118 gelte, ist bestritten; man muß es bejahen, da diese Novelle jene Tutel völlig unberührt läßt; auch führt die entgegengesetzte Meinung zu dem unerträglichen Schlusse, daß der Vater zusammen mit der Mutter und den Geschwistern zur Vor-

[10] t. D. 26, 3: de confirmando tutore vel curatore; t. C. 5, 29: de confirmando tutore. — [11] l. 1. § 1. l. 3. D. h. t. 26, 3; l. 2. C. h. t. 5, 29; l. 24. D. de test. tut. 26, 2. — [12] l. 7. pr. D. h. t. 26, 3; l. 4. C. h. t. 5, 29; Nov. 89. c. 14. — [13] l. 4. D. de test. tut. 26, 2; l. 4. C. eod. 5, 28 (wo das non vor instituerit zu streichen ist). — [14] l. 4. l. 5. D. h. t. 26, 3. — [15] l. 26. § 2. D. de test. tut. 26, 2; l. 18. § 1. D. ad l. Corn. de fals. 48, 10. — [16] l. 40. l. 58. § 2. D. de adm. et per. 26, 7; l. 1. C. de test. tut. 5, 28. — [17] l. 2. C. h. t. 5, 29. — [18] l. 11. D. h. t. 26, 3; l. 28. § 1. ll. 32—36. D. de exc. 27, 1. — [19] l. 2. l. 3. l. 11. § 1. D. h. t. 26, 3. — [20] t. D. 26, 4: de legitimis tutoribus; t. C. 5, 30: de legitima tutela; t. I. de legitima agnatorum tutela 1, 15. — [21] l. 1. pr. D. h. t. 26, 4; pr. I. h. t. 1, 15; § 7. I. de cap. min. 1, 16. — [22] t. I. 1, 18: de legitima parentum tutela; l. 3. § 10. D. h. t. 26, 4. — [23] Nov. 118. c. 5.

mundschaft berufen werde, da diese ein gleiches Intestaterbrecht wie der Vater haben (§ 409 N. 2). — Die tutela legitima tritt ein, wenn Niemand vorhanden ist, der auf das Amt eines tutor testam. Anspruch erheben könnte, also wenn ein Tutor letztwillig überhaupt nicht oder wenn er in einer ungiltigen, nicht einmal durch Confirmation zu heilenden Weise ernannt ist[24], ferner wenn der testamentarische Tutor stirbt[25]; wenn aber der letztwillig ernannte Tutor ablehnt oder zu den Unfähigen der zweiten Classe (§ 371 i. A.) gehört oder abgesetzt wird, so kommt es nicht zur tutela legitima, sondern zur tut. dativa[26].

3. Tutela dativa[27]. Die Obervormundschaftsbehörde kann jede zu ihrem Sprengel gehörige Person zum Tutor ernennen[28], nachdem sie sich vorher in einer Untersuchung von ihrer Tüchtigkeit überzeugt hat[29]; die Ernennung darf nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitfrist geschehen[30]. Damit die Ernennung um so schneller geschehe, sollen gewisse niedere Magistrate der Obervormundschaftsbehörde Vormünder in Vorschlag bringen (nominare)[31]; auch sollen die Intestaterben resp. der Pupillarsubstitut des Unmündigen der Obervormundschaftsbehörde von dem Vorhandensein des Bedürfnisses binnen Jahresfrist Kenntniß geben und womöglich eine Person in Vorschlag bringen (petere tutorem); versäumen sie dies, so verlieren sie nach einer Bestimmung des Römischen Rechtes, die aber durch die Praxis abgeschafft ist, ihr Erbrecht gegen den Unmündigen, falls dieser vor Erreichung der Mündigkeit stirbt[32]. — Die Obervormundschaftsbehörde ernennt einen Tutor nur dann, wenn weder Jemand testamentarisch noch gesetzlich zur Tutel berufen ist[33], wenn es ungewiß ist, ob ein solcher berufen ist (z. B. wegen bedingter testamentarischer Berufung)[34], wenn der testamentarisch oder gesetzlich Berufene zu den Unfähigen der zweiten Classe (§ 371 i. A.) gehört[35], wenn er ablehnt[36], wenn er abgesetzt wird[37]; aber auch wenn ein vorübergehendes Bedürfniß eintritt, kann die Obervormundschaftsbehörde für dieses dem Unmündigen einen Curator oder Tutor geben, z. B. wenn der Tutor verhindert, oder wenn zwischen ihm und dem Mündel ein Geschäft abzuschließen ist[38]. Auch für entfernte Gütercomplexe kann eine besondere

---

[24] l. 6. D. h. t. 26, 4; l. 10. pr. § 3. l. 11. D. de test. tut. 26, 2. — [25] l. 11. § 3. D. de test. tut. 26, 2; l. 6. D. h. t. 26, 4; § 2. I. h. t. 1, 15. — [26] l. 11. §§ 1. 2. D. de test. tut. 26, 2; l. 10. § 7. D. de exc. 27, 1; l. 17. D. de tut. 26, 1. — [27] t. D. 26, 5: de tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possint; t. C. 5, 34: qui dare tutores vel curatores possunt et qui dare non possunt; t. I. 1, 20: de Atiliano tutore et eo, qui ex lege Iulia et Titia dabatur. — [28] l. 5. C. h. t. 5, 34. — [29] l. 21. § 5. D. h. t. 26, 5. — [30] l. 77. D. de r. j. 50, 17; l. 6. § 1. D. de tut. 26, 1. — [31] l. 1. §§ 5. 10. D. de mag. conv. 27, 8; l. 28. D. de tut. et cur. dat. 26, 5; l. 6. D. qui dare 5, 34. — [32] t. D. 26, 6: qui petant tutores et ubi petantur; t. C. 5, 31: qui petant tutores vel curatores; l. 2. §§ 23—47. D. ad sct. tert. 38, 17; l. 10. C. de leg. her. 6, 58; l. 3. l. 6. C. ad sct. tert. 6, 56. — [33] pr. I. h. t. 1, 20. — [34] l. 10. pr. l. 11. pr. D. de test. tut. 26, 2; l. 89. D. de r. j. 50, 17; § 1. I. h. t. 1, 20. — [35] l. 17. D. de tut 26, 1; l. 10. § 7. D. de exc. 27, 1; l. 9. § 1. D. de tut. et rat. 27, 3. — [36] l. 11. § 1. D. de test. tut. 26, 2. — [37] l. 11. § 2. D. de test. tut. 26, 2. — [38] § 3. I. de auct. tut. 1, 21; §§ 5. 6. I. de cur. 1, 23; l. 2. D. h. t. 26, 5; l. 1. C. in qu. cas. tut. hab. 5, 36; l. 7. C. de tut. susp. 5, 43; t. C. de in lit. dando tut. vel. cur. 5, 44.

Tutel von der Obervormundschaftsbehörde, in deren Sprengel sie liegen, mit besonderen Tutoren eingerichtet werden[39].

II. Minderjährige. Die Bestellung des Curator eines mündigen Minderjährigen erfolgt durch die Obervormundschaftsbehörde[40], mag er vom Minderjährigen erbeten oder ihm aufgedrungen sein. Die testamentarische Ernennung eines curator minoris erlangt ihre Giltigkeit erst durch Confirmation Seitens der Obervormundschaftsbehörde[41].

III. Ueber die Geisteskranken hatte ein altes von den zwölf Tafeln anerkanntes Gewohnheitsrecht die Cura dem nächsten Agnaten übertragen[42]; zu dieser cura legitima trat später die c. dativa[43]; die testamentarische Ernennung bedarf stets der Confirmation[44].

IV. Ueber die Verschwender hatte ein altes von den zwölf Tafeln anerkanntes Gewohnheitsrecht eine cura legitima insoweit eingeführt, als der Verschwender vom Vater oder Großvater Vermögen ab intestato geerbt hatte[45]. Da diese sich nicht auf das sonstige Vermögen des Verschwenders bezog, so bildete man eine cura dativa ohne jene Beschränkung, welche die c. legitima verdrängte[46]. Testamentarische Ernennung bedarf der Confirmation[47].

V. Bei Kranken und Gebrechlichen erfolgt die Bestellung des Curator stets durch die Obervormundschaftsbehörde[48].

b. § 373. Heutiges Recht.

Die in § 372. I. vorgetragenen Grundsätze gelten heut nicht bloß bei Unmündigen, sondern nach der Reichsgesetzgebung des 16. Jahrhunderts auch bei mündigen Minderjährigen[1]; mit anderen Worten: bei allen Minderjährigen (§ 372. I. und II.) ist der Delationsgrund der Vormundschaft ein dreifacher: letztwillige Anordnung, Rechtssatz und obervormundschaftliche Verfügung. Bei Geisteskranken (§ 372. III.) ist er ein doppelter: Rechtssatz und obervormundschaftliche Verfügung. Bei Verschwendern, Kranken und Gebrechlichen (§ 372. IV. und V.) ist er stets ein einfacher: die obervormundschaftliche Verfügung. Ueberall außer bei Kranken und Gebrechlichen besteht für gewisse Personen ein testamentarisches Vorschlagsrecht.

C. Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft.

1) § 374. Allgemeine Grundsätze.

Vangerow, § 273.

Die Mutter und die Großmutter sowie die Geistlichen (abgesehen von den Bischöfen und Mönchen) sind zur Uebernahme der Vormundschaft berechtigt, nicht verpflichtet; sie werden erst dann Vormünder, wenn sie

[39] l. 21. § 2. D. de exc. 27, 1. — [40] pr. § 1. I. de cur. 1, 23. — [41] § 1. I. de cur. 1, 23. — [42] l. 13. D. de cur. fur. 27, 10; l. 5. C. eod. 5, 70. — [43] l. 6. D. de cur. fur. 27, 10; l. 7. § 6. C. de cur. fur. 5, 70. — [44] l. 16. pr. D. de cur. fur. 27, 10. — [45] l. 1. l. 13. D. de cur. fur. 27, 10; Pauli sent. rec. III. 4a. § 7. — [46] Ulp. fr. 12, 3; l. 1. D. h. t. 27, 10; § 3. I. de cur. 1, 23. — [47] l. 16. §§ 1. 3. D. de cur. fur. 27, 10. — [48] l. 2. D. de cura fur. 27, 10; l. 12. pr. D. de tut. et cur. dat. 26, 5.

[1] Reichspolizeiordnung v. 1548. Tit. 31. § 1; v. 1577. Tit. 32. § 1.

der Obervormundschaftsbehörde erklären, daß sie zur Uebernahme der Vormundschaft bereit sind[1]. **Alle übrigen Personen sind zur Uebernahme des vormundschaftlichen Amtes (als eines öffentlichen) verpflichtet**[2]; **sie werden in dem Augenblick Vormünder, wo ihnen die Vormundschaft deferirt wird**; ihre Pflichten als Vormünder beginnen freilich erst in dem Augenblick, wo ihnen die Delation bekannt wird[3]. Nach der Reichsgesetzgebung[4] darf aber der Vormund sich erst dann der Verwaltung seines Amtes unterziehen, wenn er durch eine Bestallung (Tutorium, Curatorium) Seitens der Obervormundschaftsbehörde dazu ermächtigt worden ist (unpassend confirmatio iuris Germanici genannt im Gegensatz zu der conf. iuris Romani, § 372 Note 10); der Vormund ist verpflichtet, diese Bestallung auszuwirken, und haftet für den durch seine Zögerung dem Mündel verursachten Schaden. Es muß der Vormund (und zwar nach der Reichsgesetzgebung sofort nach Aushändigung der Bestallung)[5] die Erfüllung seiner Pflichten eidlich versprechen[6]; er muß ferner dem Mündel Sicherheit leisten (satisdatio rem pupilli vel adolescentis salvam fore, wovon nach Römischem Recht der testamentarische und der von der Obrigkeit ex inquisitione confirmirte Vormund befreit war)[7], endlich muß er ein Inventarium des Mündelvermögens aufmachen[8].

2) § 375. Die Excusation.

t. D. XXVII, 1: de excusationibus. — t. C. V, 62: de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum. — t. I. I, 25: de excusationibus tutorum vel curatorum. — Vangerow, §§ 271. 272.

Die Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft ist keine ausnahmslose; besondere Gründe berechtigen zur Ablehnung der deferirten Vormundschaft (excusatio, bei den Neueren excusatio voluntaria). Der Excusationsgrund muß bei Strafe des Verlustes vor der Obervormundschaftsbehörde binnen einer gewissen Zeit geltend gemacht werden, und zwar von Demjenigen, der am Berufungsorte wohnt oder bis 400 Milien (80 Meilen) davon entfernt ist, binnen funfzig Tagen von Kenntniß der Delation an; dem über 400 Milien entfernt Wohnenden wird für je zwanzig Milien (vier Meilen) ein Tag zugelegt[1]. Wer dem Vater des Mündels bei seinen Lebzeiten die Uebernahme der Vormundschaft versprochen[2], wer seine Ernennung im Testament eigenhändig geschrieben[3], wer ein Erbtheil oder ein Vermächtniß vom Testator angenommen[4], wer

---

[1] Nov. 94. c. 1; Nov. 123. c. 5. — [2] l. 1. pr. D. de adm. 26, 7. — [3] l. 1. § 1. l. 5. § 10. l. 17. l. 58. § 2. D. de adm. 26, 7; l. 8. C. eod. 5, 37; l. 5. C. de peric. 5, 38. — [4] Reichspolizeiordnung v. 1577. Tit. 32. § 2. — [5] Reichspolizeiordnung v. 1577. Tit. 32. § 3. — [6] l. 7. §§ 4—7. C. de cur. fur. 5, 70; Nov. 72. c. 2. c. 8. — [7] pr. I. de sat. tut. 1, 24; t. D. 46, 6: rem pupilli vel adolescentis salvam fore; t. C. 5, 42: de tutore vel curatore qui satis non dedit. — [8] l. 7. pr. D. de adm. tut. 26, 7; l. 13. § 1. C. arb. tut. 5, 51; l. 24. C. de adm. tut. 5, 37.

[1] l. 13. D. h. t. 27, 1; § 16. I. h. t. 1, 25; l. 2. l. 6. C. h. t. 5, 62. — [2] l. 15. § 1. D. h. t. 27, 1; § 9. I. h. t. 1, 25. — [3] l. 29. D. de test. tut. 26, 2; l. 18. § 1. D. de leg. Corn. de fals. 48, 10. — [4] l. 5. § 2. D. de his quae ut ind. 34, 9.

die Führung der Vormundschaft bereits begonnen hat[5], kann sich des Excusationsgrundes nicht bedienen; denn er hat darauf verzichtet. Die Obervormundschaftsbehörde soll die Prüfung des Excusationsgrundes binnen vier Monaten beenden[6], und für die Dauer des Processes einen Interimsvormund ernennen[7]. Wird der vorgeschützte Excusationsgrund verworfen, so haftet der Vormund dem Mündel für den durch seine Zögerung entstandenen Schaden[8]. — Von den Excusationsgründen sind einzelne unpraktisch: die der gekrönten Athleten[9], der Mitglieder gewisser Zünfte[10], der coloni patrimoniales[11], der des Tutor eines Pupillen, welcher nach dessen Pubertät sich gegen die Uebernahme der Cura excusiren konnte[12]. Die praktischen Excusationsgründe sind folgende:

1. Bekleidung eines obrigkeitlichen Amtes[13].

2. Verwaltung von Gütern des Fiscus oder des Regenten[14].

3. Aufnahme in den geheimen Rath des Regenten (consistorium principis)[15].

4. Abwesenheit im Dienst des Staates bis zum Ablauf eines Jahres nach der Rückkehr[16].

5. Oeffentliches wissenschaftliches Lehramt und ärztliche Praxis; dahingegen genießen Tonkünstler und Dichter keine Excusation[17].

6. Ehrenvolle Entlassung aus dem Kriegsdienst nach Ablauf der vollen Dienstzeit (bei den Römern 20 Jahre); Entlassung zwischen dem fünften und zwanzigsten Jahre gibt nur zeitweilige Befreiung; Entlassung vor dem fünften gar keine[18]. Nach dem Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 41 sind alle Militärpersonen des Friedensstandes und die Civilbeamten der Militärverwaltung excusationsberechtigt (§ 371 unter I. 3).

7. Die Zahl von drei leiblichen Kindern in Rom, von vier in Italien, von fünf in den Provinzen; heutzutage nehmen die Meisten fünf Kinder als erforderlich an[19].

8. Drei nicht aus freien Stücken übernommene Vormundschaften in demselben Hause, so daß also die von den Haussöhnen geführten Vormundschaften, für welche der Vater haftet (§ 383 Note 7), mitgerechnet werden[20]. Bei besonders umfangreicher Vormundschaft genügt schon eine einzige[21].

---

[5] l. 2. C. si tut. vel cur. fals. alleg. 5, 63. — [6] l. 38. l. 39. D. h. t. 27, 1. — [7] l. 17. § 1. D. de app. 49, 1. — [8] l. 15. l. 22. C. h. t. 5, 62; l. 20. l. 39. § 6. D. de adm. tut. 26, 7. — [9] l. 6. § 13. D. h. t. 27, 1. — [10] l. 17. §§ 2. 3. l. 26. l. 41. § 3. l. 46. pr. § 1. D. h. t. 27, 1; l. 24. C. h. t. 5, 62. — [11] l. 13. C. qui dare tut. 5, 34. — [12] l. 16. D. h. t. 27, 1; l. 20. C. h. t. 5, 62; § 18. I. h. t. 1, 25. — [13] l. 6. §§ 14. 16. l. 17. §§ 4. 5. D. h. t. 27, 1; § 3. I. h. t. 1, 25. — [14] l. 22. § 1. l. 41. pr. D. h. t. 27, 1; l. 10. C. h. t. 5, 62; § 1. I. h. t. 1, 25. — [15] l. 30. D. h. t. 27, 1; l. 1. § 2. D. de min. 4, 4. — [16] l. 10. pr.—§ 3. D. h. t. 27, 1; l. 2. C. si tut. vel cur. 5, 64; § 2. I. h. t. 1, 25; l. 38. § 1. D. ex qu. c. maj. 4, 5; l. 4. D. de vac. 50, 5. — [17] l. 6. §§ 1—12. D. h. t. 27, 1; § 15. I. h. t. 1, 25; l. 1. l. 2. C. de exc. art. 10, 65. — [18] l. 8. D. h. t. 27, 1; t. C. 5, 65: de excusationibus veteranorum. — [19] l. 2. §§ 2—8. l. 36. § 1. l. 37. D. h. t. 27, 1; l. 1. l. 2. C. qui num. liber. 5, 66; pr. I. h. t. 1, 25. — [20] l. 2. § 9.—l. 6. pr. l. 15. §§ 15. 16. l. 31. D. h. t. 27, 1; t. C. 5, 69: qui num. tutel.; § 5. I. h. t. 1, 25. — [21] l. 17. pr. l. 31. § 4. D. h. t. 27, 1.

9. Armuth, welche der Art ist, daß alle Thätigkeit für den Erwerb des eigenen Unterhaltes angewendet werden muß[22].

10. Krankheit, welche selbst die Besorgung der eigenen Angelegenheiten hindert[23].

11. Alter von siebenzig Jahren[24].

12. Unkunde im Lesen und Schreiben, wenn sie mit Mangel an der erforderlichen Geschäftskenntniß verbunden ist[25].

13. Verschiedenheit des Wohnortes oder zu große Entfernung des zu verwaltenden Vermögens (über 100 Milien = 20 Meilen)[26].

14. Ernennung durch den Vater des Mündels aus Feindschaft[27].

Uebrigens sind mehrere der oben angegebenen Excusationsgründe (9. 10. 12. 14.), schon vom Amtswegen zu berücksichtigen, und begründen genau genommen eine Unfähigkeit der zweiten Art (§ 371. II).

II. Die Verwaltung des vormundschaftlichen Amtes.

A. § 376. Sorge für die Person des Mündels.

t. D. XXVII, 2: ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis praebendis. — t. C. V, 49: ubi pupilli educentur; V, 50: de alimentis pupillo praebendis. — von Buchholtz, Juristische Abhandlungen. Nr. 20. 1833. — Vangerow, § 275.

Die Amtspflicht des Vormundes ist eine doppelte: er soll für die Person und für das Vermögen des Mündels sorgen. In ersterer Beziehung ist hervorzuheben:

1. Der Alimentation des Mündels braucht sich der Vormund nicht persönlich zu unterziehen noch aus seinem eigenen Vermögen den Unterhalt des Mündels zu bestreiten[1]; aber er hat aus dem Vermögen des Mündels zu dessen Alimentation soviel, als der Vater resp. die Obervormundschaftsbehörde festgesetzt hat, herzugeben[2]; er haftet für jede Verletzung dieser Grundsätze[3].

2. Die Erziehung des Mündels braucht der Vormund nicht persönlich zu leiten; aber er hat sie zu überwachen[4]. Die Erziehung selbst kommt in der Regel der Mutter zu; schon § 352 unter 3 ist bemerkt, daß sie ihr aus besonderen Gründen genommen werden kann; alsdann, sowie wenn die Mutter todt ist, hat die Obervormundschaftsbehörde zu bestimmen, wo der Mündel erzogen werden soll[5]; dieselbe kann Verwandte und Verschwägerte, welche sich der Erziehung ohne Grund weigern, dazu zwingen[6].

3. Bei der Vormundschaft über einen Geisteskranken soll der Vor-

---

[22] l. 7. l. 40. § 1. D. h. t. 27, 1; § 6. I. h. t. 1, 25. — [23] l. 10. § 8. l. 45. § 4. D. h. t. 27, 1; t. C. 5, 67: qui morbo; § 7. I. h. t. 1, 25. — [24] l. 2. pr. D. h. t. 27, 1; l. 3. D. de jure imm. 50, 6; t. C. 5, 65: qui aetate; § 13. I. h. t 1, 25. — [25] l. 6. § 19. D. h. t. 27, 1; § 8. I. h. t. 1, 25. — [26] l. 46. § 2. l. 10. § 4. l. 19. l. 21. §§ 2—4. D. h. t. 27, 1; l. 11. C. h. t. 5, 62. — [27] § 9. I. h. t. 1, 25; l. 6. § 17. D. h. t. 27, 1.

[1] l. 3. § 6. D. h. t. 27, 2; l. 2. C. h. t. 5, 50. — [2] l. 2. l. 3. D. h. t. 27, 2; l. 2. C. h. t. 5, 50. — [3] l. 2. §§ 2. 3. l. 6. D. h. t. 27, 2; l. 1. C. h. t. 5, 50. — [4] l. 12. § 3. D. de adm. tut. 26, 7; Reichspolizeiordnung v. 1577. Tit. 32. § 3. — [5] l. 1. pr. l. 5. D. h. t. 26, 7; l. 1. l. 2. C. h. t. 5, 49. — [6] l. 1. § 2. D. h. t. 26, 7.

mund auf seine Beaufsichtigung und Heilung bedacht sein, wenngleich er sich ihr persönlich nicht zu unterziehen braucht[7]. So auch bei Kranken und Gebrechlichen.

4. Ueber die Einwilligung in die Heirath des Mündels siehe § 352 unter 1.

B. Sorge für das Vermögen des Mündels.

1) § 377. Pflichten des Vormundes.

t. D. XXVI, 7: de administratione et periculo tutorum vel curatorum qui gesserint vel non et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. — t. C. V, 37: de administratione tutorum vel curatorum et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda; V, 38: de periculo tutorum et curatorum; V, 55: si tutor vel curator non gesserit. — Vangerow, § 276.

Der Vormund muß das Interesse des Mündels in allen Beziehungen wahrnehmen und zwar wie ein bonus paterfamilias[1], wenigstens aber so, wie wenn es sein eigenes Interesse wäre[2]; er haftet demnach principaliter für culpa levis; weist er aber nach, daß er in eigenen Angelegenheiten eine geringere Sorgfalt als ein bonus paterfamilias anzuwenden pflege, so haftet er bloß für culpa in concreto[3]. Hat er sich zur ausschließlichen Verwaltung der Vormundschaft (§ 381 N. 5) gedrängt, so haftet er für Custodia schlechthin[4] (§ 237). — Der Vormund soll das Vermögen des Mündels zu erhalten und zu vermehren suchen.

1. Aus der Pflicht zur Erhaltung des Mündelvermögens folgt, daß der Vormund die Mündelsachen stets in gutem Stande halten[5], daß er überflüssige und dem Verderben ausgesetzte Sachen veräußern[6], daß er schlechtstehende Forderungen einziehen[7], daß er drückende Schulden abtragen[8], daß er Processe des Mündels als Kläger wie als Verklagter führen muß[9].

2. Die Pflicht zur Vermehrung des Mündelvermögens ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß der Vormund fortdauernd im Interesse des Mündels selbst thätig sein solle; er ist z. B. nicht verpflichtet, ein dem Mündel angeerbtes Handelsgeschäft selbst zu betreiben[10], geschweige denn ein neues anzulegen; vielmehr braucht er nur die nöthigen Anordnungen durch Anstellung von Geschäftsführern zu treffen, muß aber diese fortdauernd überwachen. Ein Mehr liegt ihm ob, wenn das Mündelvermögen ganz oder theilweis aus baarem Gelde besteht; der Vormund soll dasselbe entweder in Grundstücken anlegen[11], oder, wenn dies nicht angeht, verzinslich ausleihen[12]; er hat hiebei für dasjenige Geld, welches

[7] l. 7. pr. D. de cur. fur. 27, 10; l. 13. § 1. l. 14. D. de off. praes. 1, 18; l. 22. § 8. D. sol. matr. 24, 3.

[1] l. 33. pr. l. 10. l. 39. § 7. D. de adm. tut. 26, 7; l. 23. C. eod. 5, 37; l. 7. C. arb. tut. 5, 51. — [2] l. 1. pr. D. tut. 27, 3; l. 57. pr. D. de adm. tut. 26, 7; Nov. 72. c. 8. — [3] Vgl. die Stellen in Note 1. 2. — [4] l. 53. § 3. D. de furt. 47, 2. — [5] l. 22. §§ 3. 4. C. h. t. 5, 37. — [6] l. 7. § 2. D. h. t. 26, 7. — [7] l. 15. D. h. t. 26, 7. — [8] l. 9. § 5. D. h. t. 26, 7. — [9] l. 1. §§ 3. 4. l. 9. § 6. l. 46. § 7. D. h. t. 26, 7; l. 1. § 9. D. de tut. 27, 3; l. 18. l. 28. C. h. t. 5, 37. — [10] l. 47. § 6. D. h. t. 26, 7. — [11] l. 3. § 2. l. 5. pr. l. 7. § 3. D. h. t. 26, 7; l. 24. C. h. t. 5, 37. — [12] l. 7. § 3. D. h. t. 26, 7; l. 24. C. h. t. 5, 37.

er bei Antritt der Vormundschaft vorfindet, ein laxamentum temporis von sechs Monaten, für das später eingehende Geld ein solches von zwei Monaten; nach Verlauf dieser Frist muß er, wenn er nicht die Unmöglichkeit der sicheren Anlage des Geldes in jener Frist nachweist, landesübliche Zinsen vergüten[13]; die Behauptung einer solchen Unmöglichkeit wird widerlegt, wenn ihm nachgewiesen wird, daß er sein eigenes Geld in jener Frist gut angelegt habe[14]. Hat der Vormund Mündelgeld in seinen eigenen Nutzen verwendet, so haftet er für höchste Zinsen[15]. Nach einer Verordnung von Justinian[16] soll übrigens der Vormund zur verzinslichen Anlegung das Mündelgeldes nur dann schreiten, wenn die sonstigen Einkünfte zur Bestreitung der nothwendigen Ausgaben nicht ausreichen; diese Vorschrift wird in der Praxis mit Recht nicht beachtet. — Unter die Pflicht zur Vermehrung des Mündelvermögens fällt es, daß der Vormund Schenkungen, Vermächtnisse, Erbschaften, welche dem Mündel zufallen, nicht vorübergehen lassen darf[17]; doch muß er bei dem Anfall einer Erbschaft darauf achten, daß dem Mündel nicht mehr Nachtheil als Vortheil daraus erwachse[18].

Ueber seine Verwaltung muß der Vormund nach Römischem Recht dem Mündel nach beendeter Vormundschaft Rechnung legen; nach der Reichspolizeiordnung von 1577 muß er auch der Obervormundschaftsbehörde und zwar jährlich Rechnung legen[19].

2) Rechte des Vormundes.

a. § 378. Recht zur Veräußerung.

t. D. XXVII, 9: de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis. — t. C. V, 71: de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. — Bachofen, ausgewählte Lehren des Römischen Civilrechts. Nr. 4. 1848. — Vangerow, § 277.

Als Verwalter des Mündelvermögens hat der Vormund die Befugniß zur Vornahme aller derjenigen Rechtsgeschäfte, welche die Verwaltung mit sich bringt. Allein die beiden wichtigsten Befugnisse dieser Art: die zur Veräußerung von Mündelsachen und die zur Annahme von Zahlungen der Schuldner des Mündels sind in erheblicher Weise beschränkt worden. Davon soll dieser Paragraph und der folgende handeln.

I. Historische Einleitung. Nach altem Civilrecht konnte der Vormund Mündelsachen in der Regel nicht verschenken[1], bei onerosen Veräußerungen hingegen war er in der Regel völlig frei[2]. Eine oratio d. Severi[3] ließ dem Vormund von Unmündigen und Minderjährigen die

---

[13] l. 7. § 11. l. 15. D. h. t. 26, 7. — [14] l. 13. § 1. D. h. t. 26, 7; l. 3. C. h. t. 5, 37. — [15] l. 7. §§ 10. 12. D. h. t. 26, 7; l. 1. C. de us. pup. 5, 56. — [16] Nov. 72. cc. 4—6. — [17] l. 21. l. 26. C. h. t. 5, 37; l. 39. § 3. D. h. t. 26, 7; l. 3. § 17. D. de susp. tut. 26, 10; l. 67. § 6. D. de rit. nupt. 23, 2. — [18] l. 11. D. de bon. poss. 37, 1. — [19] Tit. 32. § 3.

[1] l. 22. l. 46. § 7. D. de adm. 26, 7; l. 12. l. 17. D. de cur. fur. 27, 10, wo am Schluß nec si statt nisi zu lesen ist; l. 13. D. de manum. 40, 1; l. 16. C. de adm. 5, 37. — [2] l. 34. § 7. l 46. D. de c. e. 18, 1; l. 5. C. eod. 4, 38; l. 5. §§ 3—6. l. 6. D. de auct. tut. 26, 8. — [3] l. 1. D. h. t. 27, 9.

Befugniß zur Veräußerung von praedia rustica und suburbana [4] nur dann, wenn der Vater des Mündels letztwillig die Veräußerung angeordnet hatte; abgesehen hievon sollte die Veräußerung nur zulässig sein, wenn es an sonstigen Mitteln zur Schuldentilgung fehlte, und auch hier nur, nachdem die Obervormundschaftsbehörde sich von der Nothwendigkeit der Veräußerung überzeugt hatte. Diese Verordnung ward von Constantin [5] auf städtische Grundstücke und auf alle Mobilien von Werth ausgedehnt; nur über geringfügige und überflüssige Sachen ließ er dem Vormund das freie Veräußerungsrecht, Justinian [6] auch über die Früchte des Mündelvermögens. Auf dem Grunde dieser Gesetze hat sich durch die römische Jurisprudenz, durch kaiserliche Verordnungen und durch die Praxis folgender Rechtszustand gebildet.

II. Heutiges Recht. Nichtig sind Schenkungen Seitens des Vormundes [7], sofern sie nicht der Anstand oder das Sittengesetz (z. B. zur Ernährung der Geschwister des Mündels) verlangt [8]; ferner sind nichtig lästige Veräußerungen des Vormundes an sich selbst, auch wenn er durch eine untergeschobene Person handelte [9]. Durchaus giltig sind lästige Veräußerungen von geringfügigen und überflüssigen Sachen, sowie von Früchten [10]. Bei anderen Sachen und Rechten [11] ist die Veräußerung (im weitesten Sinne des Wortes [12], § 47) nur giltig, wenn sie durch ein gehörig motivirtes Decret der Obervormundschaftsbehörde genehmigt ist; gehörig motivirt ist das genehmigende Decret nach Römischem Recht, wenn die Veräußerung zur Tilgung von Schulden [13] oder zur Dosbestellung nothwendig ist [14]; nach der heutigen Praxis gilt die Genehmigung der Veräußerung von Mobilien auch dann als gehörig motivirt, wenn sie dem Mündel vortheilhaft ist. Der Genehmigung der Obervormundschaftsbehörde steht die Anordnung dessen, welcher die Sache dem Mündel zugewendet hat [15], sowie die Erlaubniß des Regenten gleich [16]. Die Genehmigung der Obervormundschaftsbehörde und des Regenten ist unwirksam, wenn sie durch falsche Angabe erschlichen ist [17]. Jede gegen diese Vorschriften erfolgte Veräußerung ist nichtig [18], und der Mündel kann deshalb nicht bloß von dem Vormunde (mit der act. tutelae resp. curationis) den Schadensersatz [19], sondern von jedem Dritten (mit der rei vindicatio) die Herausgabe der veräußerten Sache verlangen [20]; nur muß er dem Verklagten die Bereicherung herausgeben, welche er in Folge der Gegenleistung des Erwerbers hat [21]. Ausnahmsweise ist die Veräußerung trotz mangelnder Genehmigung giltig α) nach Römischem Recht: wenn der Vor-

[4] l. 16. C. h. t. 5, 71. — [5] l. 22. C. de adm. 5, 37; l. 4. C. quando decreto 5, 72. — [6] l. 28. § 5. C. de adm. 5, 37. — [7] S. die Nachweisungen oben Note 1. — [8] l. 12. § 3. l. 13. § 2. D. de adm. 26, 7; l. 1. §§ 2—5. D. de tut. et rat. 27, 3. — [9] S. die Nachweisungen oben in Note 2. — [10] S. die Citate oben Note 5. 6. — [11] l. 3. §§ 4. 5. D. h. t. 27. 9. — [12] l. 1. § 4. l. 3. § 5. l. 5. §§ 2. 3. 8. l. 7. pr. l. 8. § 2. D. h. t. 27, 9; l. 4. l. 17. C. h. t. 5, 71. — [13] l. 1. § 2. l. 5. § 14. D. h. t. 27, 9; l. 6. C. h. t. 5, 71. — [14] l. 61. § 1. D. de j. d. 23, 3. — [15] l. 1. § 2. l. 14. D. h. t. 27, 9; l. 3. C. quando decr. 5. 72. — [16] l. 2. C. quando decr. 5, 72. — [17] l. 1. § 2. l. 5. § 15. D. h. t. 27, 9; l. 5. C. h. t. 5, 71. — [18] l. 7. § 3. D. h. t. 27, 9. — [19] l. 10. D. h. t. 27, 9. — [20] l. 5. § 15. D. h. t. 27, 9; l. 10. D. eod. — [21] l. 13. D. h. t. 27, 9; l. 4. l. 10. l. 14. l. 16. C. h. t. 5, 71; § 2. I. quib. al. 2, 8.

mund eine Sache, die der Erblasser des Mündels Jemandem schuldet, diesem zum Zweck der Erfüllung der Schuld übergibt[22]; sowie wenn er seinem Mündel mit dem Gelde eines anderen Mündels eine Sache anschafft und dem Letzteren für sein Darlehn ein Pfand bestellt[23]; endlich wenn er in einem gegen den Mündel erhobenen Proceß behufs Bestellung einer Proceßcaution eine Sache verpfändet[24], β) nach der authentica sacramenta puberum (§ 218): wenn der Mündel die Veräußerung mit seinem Eide bekräftigt. — Die wegen mangelnder Genehmigung nichtige Veräußerung convalescirt hinterher, wenn nach Beendigung der Vormundschaft der gewesene Mündel sie genehmigt[25], sowie wenn er von hier an binnen fünf Jahren die Ungiltigkeit der Veräußerung nicht geltend macht[26]. — Unter die obigen Vorschriften fällt es nicht und einer Genehmigung bedarf es daher nicht, wenn der Pfandgläubiger einer Mündelsache dieselbe verkauft[27], wenn der Vormund eine dem Mündel verpfändete Sache verkauft[28], wenn Derjenige, welcher eine Sache mit dem Mündel im Miteigenthum hat, deren Theilung verlangt[29].

b. § 379. Recht zur Annahme von Zahlungen.

Vangerow, § 278.

Nach vorjustinianischem Recht wird der Schuldner eines Mündels, welcher an dessen Vormund Zahlung leistet, von der Schuld frei; nach Justinianischer Verordnung[1] ist dies nur dann der Fall, wenn der Vormund durch ein Decret der Obervormundschaftsbehörde zur Annahme der Zahlung ermächtigt ist. Ausnahmsweise tritt die befreiende Wirkung trotz des Mangels eines obervormundschaftlichen Decrets ein, wenn der Vormund das Gezahlte in das Mündelvermögen verwendet, sowie wenn es sich um Zahlung von Einkünften, Mieth- und Pachtzinsen und von Zinsen handelt, bei letzteren jedoch nur, wenn sie nicht mehr als zweijährige sind, und nicht mehr als hundert Solidi betragen.

3) § 380. Die Form der Verwaltung.

Vangerow, §§ 279. 280.

Die unter Vormundschaft stehenden Personen entbehren der Handlungsfähigkeit nicht sämmtlich in demselben Maße. Kinder und Geisteskranke sind völlig handlungsunfähig[1]; hingegen Unmündige, welche über die Kindheit hinaus sind, Minderjährige, Verschwender, Kranke und Gebrechliche können selbständig erwerben, nicht aber selbständig sich verpflichten noch etwas veräußern[2]. Daher ist die Form der Verwaltung bei den einzelnen unter

---

[22] l. 5. §§ 6. 7. D. h. t. 27, 9; l. 1. C. quando decr. 5, 72. — [23] l. 3. pr. D. h. t. 27, 9. — [24] l. 28. § 3. C. de adm. 5, 37. — [25] l. 2. C. si major factus alien. 5, 74; l. 1. l. 2. C. si major. fact. rat. 2, 46. — [26] l. 3. C. si major factus alien. 5, 74. — [27] l. 1. § 2. l. 7. § 1. D. h. t. 27, 9; l. 1. C. h. t. 5, 71; l. 2. C. si adv. vend. pign. 2, 29. — [28] l. 5. § 3. D. h. t. 27, 9. — [29] l. 1. § 2. D. h. t. 27, 9.

[1] l. 25. l. 27. C. de adm. 5, 37; § 2. I. quibus alien. 2, 8.

[1] l. 1. §§ 12. 13. D. de o. et a. 44, 7. — [2] l. 1. C. de auct. 5, 59; pr. I. de auct. tut. 1, 21.

Vormundschaft stehenden Personen verschieden[3]. Bei Kindern und Geisteskranken muß der Vormund alle Geschäfte vornehmen, und wenn das Geschäft eine Stellvertretung nicht zuläßt (S. 110 i. d. N.), so muß das Geschäft völlig unterbleiben. Bei Unmündigen, welche über die Jahre der Kindheit hinaus sind, Minderjährigen, Verschwendern, Kranken und Gebrechlichen können Erwerbsgeschäfte sowohl vom Vormund als vom Mündel allein vorgenommen werden, Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte kann der Vormund allein vornehmen (außer wenn sie eine Stellvertretung nicht zulassen); es kann aber auch ein Zusammenhandeln des Vormundes und des Mündels stattfinden, und es **muß** dieses in denjenigen Fällen geschehen, in denen Stellvertretung unzulässig ist. Bei dem Zusammenhandeln gibt der Mündel die Veräußerungs- resp. die Verpflichtungserklärung ab, und der Vormund genehmigt sie; die Genehmigung aber war nach Römischem Rechte verschieden, je nachdem der Vormund ein Tutor oder ein Curator war[4]; die Erklärung der Genehmigung Seitens des Tutor (auctoritatis interpositio) mußte von ihm unmittelbar bei Abschluß des Geschäftes, mündlich, bedingungslos erfolgen[5]; der Curator konnte seine Genehmigung (consensus) formlos, vor — bei — nach Vornahme des Geschäftes, bedingungsweise abgeben. Dieser Unterschied ist in dem heutigen Verkehre völlig geschwunden: es werden, falls ein Zusammenhandeln vom Vormund und Mündel beliebt wird, heute stets die Römischen Grundsätze vom Curator befolgt. — Ein Verpflichtungs- resp. Veräußerungsgeschäft, welches der Mündel allein und ohne Genehmigung des Vormundes vornimmt, ist (wie schon oben bemerkt) ungiltig; allein bestritten ist, ob bei einem Verpflichtungsgeschäft nicht wenigstens eine Naturalobligation entsteht. Nach den Quellen wird der Verschwender nicht einmal naturaliter verpflichtet[6]; der infantia maior kann nach einem Rescript von Antoninus Pius[7] (welches unzweifelhaft auf **alle** Mündel anwendbar ist), sofern er durch das eingegangene Geschäft bereichert ist, zur Herausgabe der Bereicherung durch Klage gezwungen werden; ob er aber **darüber hinaus** naturaliter verpflichtet sei: darüber bieten die Quellen eine Antinomie[8], deren Aufklärung noch nicht gelungen ist; in den meisten Quellenzeugnissen wird sowohl im Princip als in einzelnen Anwendungen die Naturalobligation bejaht[9]; und dies ist auch auf den Minderjährigen, sowie auf den Kranken und den Gebrechlichen anzuwenden.

---

[3] t. D. 26, 9; t. C. 5, 39: quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt. — [4] t. D. 26, 8: de auctoritate et consensu tutorum et curatorum; t. C. 5, 59: de auctoritate praestanda; t. I. 1, 21: de auctoritate tutorum. — [5] l. 2. l. 3. l. 8. l. 9. §§ 5. 6. l. 10. ll. 14—17. D. h. t. 26, 8; § 2. I. h. t. 1, 21. — [6] l. 6. D. de v. o. 45, 1. — [7] l. 1. pr. l. 5. pr. D. de auct. 26, 8; l. 1. § 2. l. 3. pr. D. comm. 13, 6; l. 1. § 15. D. dep. 16, 3; l. 3. § 4. D. de neg. g. 3, 5; l. 9. l. 10. D. de inst. 14, 3. — [8] Zwischen l. 42. pr. D. de jurej. 12, 2; l. 21. pr. D. ad l. falc. 35, 2; l. 25. § 1. D. qu. dies 36, 2; l. 95. § 4. D. de sol. 46, 3 einerseits und l. 59. D. de o. et a. 44, 7; l. 13. § 1. l. 41. D. de c. i. 12, 6 andererseits. — [9] Vgl. noch l. 127. D. de v. o. 45, 1; l. 44. l. 95. § 2. D. de sol. 46, 3; l. 1. §. 1. D. de nov. 46, 2; l. 19. § 4. D. de don. 39, 5; l. 64. pr. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 3. § 4. D. de neg. g. 3, 5; § 3. I. de qu. m. t. 3, 29; Gai. 3, 119. 176.

4) § 381. Die Verwaltung Seitens mehrerer Vormünder.

Baron, Gesammtrechtsverhältnisse, § 39. 1864. — Vangerow, §§ 281—283.

Auf welche Weise auch die Vormundschaft deferirt werden mag: immer ist es möglich, daß sie Mehreren deferirt wird. Alsdann ist genau genommen ein Jeder allein zur Verwaltung befugt und verpflichtet, ohne der Einwilligung der Mitvormünder zu bedürfen [1]; andererseits kann Jeder seinem Mitvormunde einen von diesem beabsichtigten Verwaltungsact untersagen, und das trotzdem vorgenommene Rechtsgeschäft ist nichtig [2]; es haftet ebendeshalb jeder Vormund nicht bloß wegen der Fehler bei den eignen Verwaltungsacten, sondern auch wegen derjenigen seiner Mitvormünder, vorausgesetzt, daß er sich der Sachen hätte annehmen können [3], doch ist seine Haftung meistens durch das benef. divisionis, excussionis, cedend. actionum gemildert (§ 246 unter II). — Da ein solcher Zustand wegen der mangelnden Einheit in der Verwaltung unzweckmäßig und unbequem ist, so wird häufig 1) entweder Einem unter mehreren Vormündern die Verwaltung ausschließlich übertragen oder 2) die Verwaltung unter sämmtliche Vormünder vertheilt.

1. Ueber die Frage, wem die Verwaltung ausschließlich übertragen werden solle, entscheidet das Ermessen der Obervormundschaftsbehörde [4]; dieselbe soll dabei die letztwillige Anordnung des Vaters des Mündels, sodann die Meinung der Majorität der Vormünder berücksichtigen, nach Römischem Recht auch den Umstand, daß einer der Vormünder Realcaution zu stellen bereit ist [5]. Derjenige, welchem die Verwaltung zugetheilt ist (tutor, curator gerens) soll von den Uebrigen (tut. vel. cur. honorarii, Ehrenvormünder) beaufsichtigt werden; die Ehrenvormünder haften, wenn sie die Aufsicht nachläßig geführt haben, solidarisch für die durch die fehlerhafte Verwaltung des Gerenten eingetretenen Schäden [6]; jedoch ist ihre Haftung meistens durch das benef. divisionis, excussionis, cedend. actionum gemildert (§ 246 unter II). Verwaltungsacte können die Ehrenvormünder nicht vornehmen [7]; doch wird in zwei noch nicht gehörig aufgeklärten Quellenzeugnissen [8] ihnen das Recht zugesprochen, Zahlungen der Schuldner in Empfang zu nehmen, und ihre Auctoritas bei Antretung einer Erbschaft zu interponiren. — Zu den Ehrenvormündern gehört in der Regel der tutor notitiae causa datus, d. h. Derjenige, welchen der Testator bloß zu dem Zweck zum Vormund gemacht hat, um seine Mitvormünder über die Lage des Vermögens genau zu unterrichten; doch wird ihm zuweilen auch die Verwaltung selbst von der Obervormundschaftsbehörde übertragen [9].

---

[1] l. 3. pr. § 8. l. 24. § 1. D. de adm. 26, 7; l. 14. § 5. D. de sol. 46, 3; l. 4. pr. l. 5. pr. D. de auct. 26, 8; l. 5. C. eod. 5, 59. — [2] l. 7. § 3. D. de cur. fur. 27, 10. — [3] l. 5. D. de mag. conv. 27, 8; l. 55. pr. D. de adm. 26, 7; l. 2. C. de div. tut. 5, 52. — [4] l. 3. §§ 1. 3. D. de adm. tut. 26, 7. — [5] l. 3. §§ 1. 3. 6. — l. 4. D. de adm. 26, 7; § 1. I. de satisd. 1, 24; Nov. 118. c. 5; ll. 17—19. § 1. D. de test. tut. 26, 2; l. 5. §§ 3. 4. D. de leg. tut. 26, 4; l. 4. C. de tut. vel cur. qui satis 5, 42. — [6] l. 3. § 2. D. de adm. 26, 7. — [7] l. 4. D. de auct. 26, 8. — [8] l. 49. D. de a. h. 29, 2; l. 14. § 1. D. de sol. 46, 3. — [9] l. 14. §§ 1—6. D. de sol. 46, 3; l. 32. § 1. D. de test. tut. 26, 2; l. 1. C. de per. tut. 5, 38.

2. Die Vertheilung der Verwaltung unter sämmtliche Vormünder bedeutet: es wird jeder Vormund auf die ausschließliche Besorgung eines bestimmten Geschäftszweiges (tutela divisa per partes) oder eines bestimmten geographischen Bezirkes (tut. div. per regiones) beschränkt[10]. Eine giltige Theilung kann nur von der Obervormundschaftsbehörde ausgehen[11]. Sie macht jeden Vormund bezüglich seines Geschäftszweiges resp. Bezirkes zum Gerenten, bezüglich derjenigen der Mitvormünder zum Ehrenvormund[12].

Von den bisher dargestellten Verhältnissen ist zu unterscheiden a) das Verhältniß eines Specialvormundes, welcher für ein bestimmtes Geschäft ernannt ist, welches der ordentliche Vormund nicht vornehmen soll[13]; b) das einer zweiten Vormundschaft, welche für entfernte Güter des Mündels eingerichtet wird[14] (§ 372 Note 39). In beiden Fällen besteht keine Verbindung unter den verschiedenen Vormündern.

5) Obligationen aus der vormundschaftlichen Verwaltung.

a. § 382. Zwischen Mündel und Vormund.

Vangerow, § 284. 285.

Aus der Verwaltung des Mündelvermögens durch den Vormund entspringt eine Obligation, ähnlich der zwischen einem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer; Gaius und Justinian nennen sie daher eine obligatio quasi ex contractu[1]. Die Obligation enthält stets eine Verpflichtung des Vormundes, möglicherweise auch eine andere des Mündels.

1. Verpflichtung des Vormundes[2]. Er muß über seine Verwaltung dem Mündel Rechnung legen[3], und das Vermögen des Mündels, soweit es in seine Hände gekommen ist, demselben herausgeben, auch alle Ansprüche, welche er in Folge der Verwaltung an dritte Personen erworben hat, dem Mündel cediren[4]; allen Schaden, welcher durch Verletzung der ihm nach § 377 Note 1—4 obliegenden Sorgfalt entstanden ist, muß er dem Mündel ersetzen; seine Erben haften bloß wegen seiner culpa lata[5]. — Die Klage, welche dem Mündel gegen den Vormund behufs gerichtlicher Geltendmachung dieser Ansprüche zusteht, heißt im Falle der Tutel act. tutelae directa, im Fall der Cura meistens act. negotiorum gestorum directa[6], doch findet sich auch die Bezeichnung: utilis curationis causa actio, utile tutelae iudicium, tutelae iudicium, curationis iudicium[7]. — Die Klage kann bei der Altersvormundschaft

[10] l. 3. § 9. l. 4. l. 51. D. de adm. 26, 7; l. 2. C. si ex plur. 5, 40. — [11] l. 2. C. de div. tut. 5, 52; l. 3. § 9. D. de adm. 26, 7. — [12] l. 2. l. 3. C. de div. tut. 5, 52; l. 51. D. de adm. 26, 7. — [13] l. 3. C. de in lit. dand. tut. 5, 44. — [14] l. 21. §§ 2—4. D. de exc. 27, 1.

[1] l. 5. § 1. D. de o. et a. 44, 7; § 2. I. de obl. quae qu. ex contr. 3, 27. — [2] t. D. 27, 3: de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione; t. C. 5, 51: arbitrium tutelae. — [3] l. 1. § 3. D. h. t. 27, 3; l. 9. C. h. t. 5, 51. — [4] l. 5. D. h. t. 27, 3; l. 1. § 1. D. de fidej. tut. 27, 7. — [5] l. 1. C. de her. tut. 5, 54; l. 4. D. de mag. conv. 27, 8; l. 39. § 6. D. de adm. 26, 7; l. 1. pr. l. 4. pr. §§ 1. 2. l. 8. D. de fidej. tut. 27, 7. — [6] l. 4. § 3. l. 13. i. f. D. h. t. 27, 3; l. 1. C. quod cum eo 9, 26; l. 7. C. h. t. 5, 51; l. 17. C. de neg. gest. 2, 19. — [7] Rubr. tt. D. 27, 3. 4; l. 2. C. de her. tut. 5, 54; l. 3. C. h. t. 5, 51; l. 11. D. de auct. 26, 8.

nach kaiserlichen Constitutionen[8] erst nach Beendigung der Vormundschaft angestellt werden[9]; bei anderen Vormundschaften ist sie (abgesehen von der Herausgabe des Vermögens) schon bei bestehender Vormundschaft zulässig[10]. — Hat der gerirende Vormund etwas ohne gewinnsüchtige Absicht[11] bei Seite gebracht, so fand nach Römischem Rechte die act. de rationibus distrahendis, eine Klage aufs Doppelte (halb Ersatz, halb Strafe) statt und zwar nur gegen den Vormund, nicht auch gegen seine Erben[12]. — Die Forderung des Mündels an den Vormund ist meistens (nämlich wenn der Mündel minderjährig oder geisteskrank, nicht aber, wenn er ein Verschwender oder eine debilis persona ist) durch ein Legalpfandrecht am Vermögen des Vormundes gesichert (§ 190 unter I. 3).

2. Verpflichtung des Mündels[13]. Er muß dem Vormund alle angemessenen Verwendungen mit Zinsen zurückerstatten[14], sowie alle übernommenen Verbindlichkeiten ihm abnehmen[15]. Auf ein Honorar hat der Vormund nur dann Anspruch, wenn der Vater des Mündels, die Obrigkeit, die Mitvormünder ihm ein solches aussetzen[16]. — Die Klage, welche dem Vormund gegen den Mündel behufs gerichtlicher Geltendmachung dieser Verbindlichkeiten zusteht, hat dieselben Namen wie die zu 1, nur mit dem Zusatz contraria (statt directa).

b. § 383. Zwischen dem Mündel und anderen Personen.

Vangerow, §§ 286. 287.

Außer dem Vormund haften 1) die Bürgen, welche er behufs Sicherstellung des Mündels bestellt hat[1] (vgl. § 374 Note 7); 2) die affirmatores, d. h. Diejenigen, welche der Obrigkeit, als sie über die Person des zu ernennenden Vormundes eine Untersuchung anstellte (vgl. § 372 Note 12—14. 29), dessen Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit versichert haben[2]; 3) die postulatores, d. h. Diejenigen, welche eine bestimmte Person zum Vormund erbeten haben, mag dies auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung (§ 372 Note 32) oder freiwillig geschehen sein[3]; nur die postulirende Mutter haftet nicht schon wegen der Postulation, sondern erst wenn sie die Haftung besonders übernommen hat[4]; 4) die nominatores; hiermit werden in den Quellen verschiedenartige Personen bezeichnet: bald der postulator[5], bald der niedere Magistrat einer Provinzialstadt, welcher dem höheren mehrere Personen behufs Auswahl zum Vormund vorschlägt[6] (§ 372 Note 31); 5) der Vater des Vormundes haftet, vorausgesetzt, daß

---

[8] l. 4. § 3. D. h. t. 27, 3; l. 2. l. 14. C. de adm. 5, 37. — [9] l. 1. § 24. l. 4. pr. l. 9. pr. §§ 4. 5. D. h. t. 27, 3. — [10] l. 4. § 3. l. 16. § 1. D. h. t. 27, 3; l. 1. § 3. D. de contr. tut. 27, 4. — [11] l. 2. pr. § 1. D. h. t. 27, 3. — [12] l. 1. §§ 19—23. l. 2. D. h. t. 27, 3. — [13] t. D. 27, 4: de contraria tutelae et utili actione; t. C. 5, 58: de contrario judicio tutelae. — [14] l. 1. §§ 4-6. l. 3. D. h. t. 27, 4; l. 3. C. h. t. 5, 58. — [15] l. 6. D. h. t. 27, 4. — [16] l. 33. § 3. D. de adm. 26, 7; l. 1. § 6. D. de tut. et rat. 27, 3.

[1] t. D. 27, 7: de fidejussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum; 46, 6: rem pupilli vel adolescentis salvam fore; t. C. 5, 57: de fidejussoribus tutorum vel curatorum. — [2] l. 4. § 3. D. de fid. tut. 27, 7. — [3] l. 2. § 5. D. qui pet. 26, 6. — [4] l. 1. C. si mater indemn. 5, 46. — [5] l. 2. C. qui pet. 5, 31. — [6] l. 1. §§ 5. 10. D. de mag. conv. 27, 8; l. 1. l. 4. l. 5. C. eod. 5, 75; l. 28. D. de tut. dat. 25, 5; l. 6. C. qui dare 5, 34.

der Letztere noch in der Gewalt des Ersteren stand, mit der act. de peculio, de in rem verso, quod iussu[7]; 6) die Obervormundschaftsbehörde, worüber das Genauere im § 385.

Die Reihenfolge, in welcher diese Personen dem Mündel haften, ist folgende: Zuerst der gerirende Vormund; sodann seine Bürgen[8]; sodann die Affirmatoren, Postulatoren und Nominatoren außer den niederen Magistraten[9]; sodann die Mitvormünder, vorausgesetzt, daß ihnen allen die Verwaltung übertragen war[10]; sodann die Vormundschaftsbehörde[11]; endlich die Mitvormünder bei getheilter Verwaltung resp. die Ehrenvormünder[12].

III. § 384. Beendigung der Vormundschaft.

t. C. V, 60: quando tutores vel curatores esse desinant. — t. I. I, 22: quibus modis tutela finitur. — Vangerow, §§ 288. 289.

Folgt man den drei Voraussetzungen einer einzurichtenden Vormundschaft (vgl. die Vorbemerkung zu § 370), so gelangt man zu folgenden Grundsätzen:

I. Die Vormundschaft hört völlig auf, wenn das Bedürfniß, welches den Anlaß dazu gab, wegfällt. Dies ist stets der Fall, wenn der Mündel stirbt; dem Tode stand nach Römischem Rechte jede capitis deminutio des Mündels gleich[1], dies ist heut nur dann praktisch, wenn der Mündel sich arrogiren läßt. Bei der Altersvormundschaft ist es der Fall, wenn der Mündel großjährig[2] oder für großjährig erklärt wird[3]; bei der Vormundschaft über einen Geisteskranken, wenn er völlig genesen ist; bei der über einen Verschwender, wenn er öconomisch gebessert ist[4]; doch schreibt die Reichscivilproceßordnung §§ 616. 625 vor, daß das Amtsgericht auf Grund einer Untersuchung die Entmündigung des Geisteskranken resp. des Verschwenders wiederaufhebe. Bei der Vormundschaft über Kranke und Gebrechliche hört die Vormundschaft auf, wenn auf ihren Antrag die Aufhebung von der Obervormundschaftsbehörde in einem Decret ausgesprochen wird.

II. Die Vormundschaft hört in der Person des Vormundes auf und es ist ein neuer Vormund zu ernennen, wenn der bisherige Vormund wegfällt, oder seine Fähigkeit zu dem vormundschaftlichen Amte dauernd[5] verliert, oder wenn seine Berufung zu demselben hinfällig wird.

1. Ein Wegfall der Person des Vormundes ist vorhanden, wenn dieser stirbt; nach Römischem Recht stand dem Tode die capitis deminutio magna, und bei der tutela legitima auch die cap. dem. minima

---

[7] l. 21. l. 37. § 2. D. de adm. 26, 7; l. 11. D. de tut. et rat. 27, 3; l. 1. C. quod cum eo 4, 26; l. 7. D. de tut. 26, 1. — [8] l. 4. l. 5. C. de mag. conv. 5, 75. — [9] l. 2. C. quo quisque ord. 11, 36; l. 11. § 1. D. ad mun. 50, 1. — [10] l. 4. C. de mag. conv. 5, 75; l. 3. l. 5. D. eod. 27, 8; l. 46. § 1. D. de adm. 26, 7; l. 1. § 15. D. de tut. et rat. 27, 3. — [11] l. 1. l. 4. l. 5. C. de mag. conv. 5, 75; § 2. I. de satisd. 1, 24. — [12] l. 46. § 6. D. de adm. 27, 3; l. 2. l. 4. C. quo quisque ord. 11, 36.

[1] §§ 1. 4. I. h. t. 1, 22. — [2] l. 4. pr. D. de tut. 27, 3; pr. I. h. t. 1, 22; l. ult. C. h. t. 5, 60. — [3] l. 3. C. qui veniam 2, 45. — [4] l. 1. pr. D. de cur. fur. 27, 10. — [5] l. 12. pr. D. de exc. 27, 1.

(bis zu Nov. 118) gleich[6]; heut ist davon nur in dem Falle, wenn der parens manumissor (§ 372 Note 22) sich arrogiren läßt, Gebrauch zu machen.

2. Ueber den dauernden Verlust der Fähigkeit des Vormundes zum vormundschaftlichen Amte gelten die Grundsätze des § 371. Hervorzuheben ist die Absetzung des Vormundes[7]; sie geschieht sowohl wenn er sich durch Begehung eines Dolus oder einer culpa lata seines Amtes unwürdig macht[8], als wenn er sich wegen Geschäftsunkenntniß oder Lässigkeit als ungeeignet erweist[9]; es kann Jeder aus dem Volke, auch Frauen, selbst der mündige Mündel unter Zustimmung seiner Angehörigen den Vormund als verdächtig anklagen (suspectum postulare, accusare), und seine Absetzung beantragen[10]; die Obervormundschaftsbehörde soll aber auch von Amtswegen das Verfahren eröffnen[11]; während der Verhandlung wird dem Vormund die Verwaltung genommen und ein Interimsvormund ernannt[12]; die Obervormundschaftsbehörde kann, statt die Absetzung auszusprechen, einen neuen Vormund dem bisherigen beiordnen[13]; wird in dem Absetzungsdecret der Dolus des Vormundes ausdrücklich als Absetzungsgrund angegeben, so wird der Vormund nach Römischem Recht infam[14]; nach dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871 § 266 wird er wegen Untreue bestraft.

3. Die Berufung des Vormundes zu seinem Amte wird hinfällig, wenn er unter einer Resolutivbedingung, mit einem Endtermin, für ein vorübergehendes Bedürfniß berufen war, und später die Resolutivbedingung erfüllt wird, der Endtermin eintritt, das Bedürfniß befriedigt ist[15].

III. Die Vormundschaft hört in der Person des Vormundes auf und es ist ein neuer Vormund zu ernennen, wenn die Pflicht zur Führung der Vormundschaft endigt. Gewisse Gründe berechtigen nämlich zur Niederlegung der Vormundschaft: Aufnahme in den geheimen Rath des Regenten[16], Armuth und Krankheit in dem in § 375 Note 22. 23 angegebenen Umfang[17], Veränderung des Wohnsitzes mit Erlaubniß des Regenten, vorausgesetzt, daß Letzterer die Vormundschaft kannte[18], Reise des Vormundes über See in Staatsangelegenheiten[19].

IV. § 385. Die Obervormundschaft.

Die Obervormundschaft wurde bei den Römern in den verschiedenen Theilen des Reichs theils von höheren, theils von niederen Magistraten ausgeübt: von Kaiser, Consuln, Präfectus urbi, Prätoren, besonders vom Tutelarprätor, von Juridici, Provinzialmagistraten, Stadtmagistraten und

---

[6] § 4. I. h. t. 1, 22; l. 7. pr. D. de cap. min. 4, 5. — [7] t. D. 26, 10; t. C. 5, 43; t. I. 1, 26: de suspectis tutoribus vel curatoribus. — [8] l. 3. §§ 5. 13—17. l. 7. § 1. D. h. t. 26, 10; l. 2. C. h. t. 5, 43; §§ 5. 10—12. I. h. t. 1, 26. — [9] l. 3. §§ 12. 18. D. h. t. 26, 10. — [10] l. 1. §§ 6. 7. l. 7. pr. D. h. t. 26, 10; l. 6. C. h. t. 5, 43; §§ 3. 4. I. h. t. 1, 26. — [11] l. 3. l. 4. D. h. t. 26, 10; Reichspolizeiordnung v. 1577. Tit. 32. § 3. — [12] l. 7. C. h. t. 5, 43; § 7. I. h. t. 1, 26. — [13] l. 1. § 5. l. 3. § 18. l. 9. D. h. t. 26, 10. — [14] l. 3. § 18. l. 4. pr.—§ 2. D. h. t. 26, 10. — [15] l. 14. §§ 3. 5. D. de tut. 26, 1; l. 9. §§ 2. 3. D. de tut. act. 27, 3; §§ 2. 5. I. h. t. 1, 22. — [16] l. 11. § 2. D. de min. 4, 4. — [17] l. 10. § 8. l. 11. l. 12. pr. l. 40. D. de exc. 27, 1. — [18] l. 12. § 1. D. h. t. 27, 1. — [19] l. 11. § 2. D. de min. 4, 4.

Defensoren. In Deutschland ist sie integrirender Theil der freiwilligen Gerichtsbarkeit und gebührt daher dem ordentlichen Gericht des Wohnsitzes des Mündels, gewöhnlich also dem Gericht des letzten Wohnsitzes des verstorbenen Vaters. — Die einzelnen der Obervormundschaftsbehörde zukommenden Befugnisse sind bereits im Bisherigen dargestellt; sie ist thätig bei der Bestellung des Vormundes; sie überwacht fortdauernd die Führung der Vormundschaft, namentlich wirkt sie mit bei den Anordnungen über die Alimentation und Erziehung des Mündels, bei der Uebertragung der Verwaltung an Einen Vormund, sowie bei der Theilung der Verwaltung unter alle Vormünder, bei Veräußerungen und Zahlungsannahme, bei der Bestimmung eines Honorars für den verwaltenden Vormund; sie hat jährlich eine Rechnung vom Vormund entgegenzunehmen und zu prüfen; sie ist endlich bei der Beendigung der Vormundschaft thätig, namentlich hat sie die Schlußrechnung des Vormundes zu prüfen, und alsdann den Vormund seiner Haftung zu entledigen (zu dechargiren). — Die Haftung der Obervormundschaftsbehörde bei Verletzung ihrer Pflichten fand nach Römischem Recht[1] in sehr geringem Umfange statt: es hafteten nicht die höheren[2], sondern nur die niederen Magistrate, und auch diese nur, wenn sie gar keinen Vormund bestellt, wenn sie nicht für gehörige Sicherheitsleistung des bestellten Vormundes gesorgt, wenn sie eine untüchtige Person zum Vormund selbst bestellt oder einen solchen dem höheren Magistrat behufs Bestellung nominirt hatten[3]. Nach den Reichspolizeiordnungen[4] haften aber die Mitglieder der Obervormundschaftsbehörde wegen **jeder** fahrlässigen Verletzung ihrer Pflichten, ihre Erben wegen groben Versehens ihrer Erblasser[5]; ist die Obervormundschaftsbehörde collegialisch besetzt, so haften nur diejenigen Mitglieder, welche das Versehen begangen resp. die erforderliche Aufsicht versäumt haben, diese aber solidarisch; doch besteht auch hier das benef. excussionis[6], divisionis[7], cedendarum actionum (§ 246 unter II). — Die Klage, welche dem Mündel gegen die Obervormundschaftsbehörde behufs gerichtlicher Geltendmachung jener Haftung zusteht, heißt actio tutelae utilis[8]; sie ist subsidiär, vgl. § 383 Note 9. 11.

V. § 386. Der sog. Protutor.

Vangerow, § 290.

Wer sich wie ein Vormund der Verwaltung des Mündelvermögens unterzieht, ohne Vormund zu sein, handelt, mag er letzteres wissen oder nicht, pro tutore, pro curatore; bei den Neueren heißt er Protutor. Bei der Beurtheilung seiner Verwaltungsacte müssen der Mündel und dritte Personen geschieden werden:

1. Dem Mündel gegenüber wird der Protutor durch seine Verwal-

[1] t. C. 27, 8; t. C. 5, 75: de magistratibus conveniendis. — [2] l. 1. pr. §§ 1. 3. l. 2. § 8. D. h. t. 27, 8; l. 5. l. 6. C. h. t. 5, 75; § 4. I. de satisd. tut. 1, 24. — [3] l. 1. §§ 2. 5. 6—13. l. 8. D. h. t. 27, 8; l. 1. l. 4. l. 5. l. 6. C. h. t. 5, 75; § 2. I. de satisd. 1, 24. — [4] v. 1548. Tit. 31. § 3; v. 1577. Tit. 32. § 3. — [5] l. 4. l. 6. D. h. t. 27, 8; l. 2. C. h. t. 5, 75. — [6] l. 1. § 9. D. h. t. 27, 8. — [7] l. 7. l. 8. D. h. t. 27, 8; l. 3. C. h. t. 5, 75. — [8] l. 9. D. h. t. 27, 8; l. 1. l. 5. C. h. t. 5, 75.

tungsacte wie ein wahrer Vormund verpflichtet und berechtigt[1]; jedoch haftet er nicht wegen Unterlassungen, außer wenn sein Eingreifen Andere von der Verwaltung des Mündelvermögens abgehalten hat[2]. — Die Klage zwischen dem Mündel und Protutor heißt act. protutelae directa und contraria.

2. Dritten Personen gegenüber ist der Protutor nicht zur Vertretung des Mündels befugt; daher wird der Mündel durch das in seinem Namen vom Protutor vorgenommene Rechtsgeschäft dem Dritten gegenüber[3] nicht verpflichtet; ist dieses ein Proceß, so kann der Dritte sich wegen Irrthums in integrum restituiren lassen[4]; hat der Protutor das Rechtsgeschäft doloser Weise abgeschlossen, so muß er dem Dritten den Schaden ersetzen[5]; die alsdann gegen den Protutor anzustellende Klage hat keinen Namen (sie ist eine act. in factum, § 84 Note 3), sie verjährt in einem annus utilis, sie kann nicht gegen die Erben gerichtet werden[6].

---

[1] t. D. 27, 5; t. C. 5, 45: de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. — [2] l. 1. § 9. D. h. t. 27, 5; l. 39. pr. § 2. D. de adm. 26, 7. — [3] t. D. 27, 6: quod falso tutore auctore negotium gestum esse dicetur. — [4] l. 1. § 6. l. 2. D. h. t. 27, 6. — [5] ll. 7—9. l. 11. D. h. t. 27, 6. — [6] l. 9. § 1. D. h. t. 27, 6.

Sechstes Buch.

Erbrecht.

Mayer, die Lehre von dem Erbrecht nach heutigem Römischem Recht. Th. 1. 1840. — Vering, Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwickelung. 1861. — Köppen, System des heutigen Römischen Erbrechts (bloß Lief. 1 und 2 erschienen). 1862. 1864. — Schirmer, Handbuch des Römischen Erbrechts (bloß Theil 1 erschienen). 1863. — Tewes, System des Römischen Erbrechts nach heutigem Römischem Recht. 2 Th. 1863. 1864. — Vgl. ferner Gans, Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung. 1824—1836. Bd. 2: das Römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem. — Lassalle, System der erworbenen Rechte. 1861. Bd. 2.

Erstes Capitel.

Einleitung.

1) § 387. Erklärung technischer Ausdrücke.

I. Unter Nachlaß versteht man den Inbegriff der Vermögensrechte und Verbindlichkeiten eines Menschen (des Erblassers, defunctus, testator) im Augenblick seines Todes außer den höchstpersönlichen[1]. Dabei ist es gleichgiltig, ob der Gesammtwerth der Rechte den Gesammtbetrag der Verbindlichkeiten übersteigt oder umgekehrt[2]; ferner gleichgiltig, ob die Rechte in Eigenthum oder in dinglichen Rechten an fremder Sache oder in Forderungen bestehen[3].

II. Unter Erbschaft versteht man den Nachlaß, bezogen auf eine oder mehrere Personen (Erbe, heres, bonorum possessor), welche ihn als Ganzes zu erwerben befugt sind oder bereits erworben haben. Weil der Nachlaß als Ganzes erworben wird[4], so ist mit dem Erwerbe stets eine Universalsuccession (§ 47) verbunden: die Erben sind Universalsuccessoren des Erblassers[5].

---

[1] l. 3. § 3. D. qu. m. usufr. am. 7, 4; l. 1. § 43. D. de aq. quot. 43, 20; § 1. I. de perp. et temp. 4, 12. — [2] l. 119. D. de v. s. 50, 16. — [3] l. 50. pr. D. de h. p. 5, 3. — [4] l. 208. D. de v. s. 50, 16; l. 3. pr. D. de b. p. 37, 1. — [5] l. 37. D. de a. h. 29, 2; l. 11. D. de div. temp. 44, 3.

III. Das Wort **Erbrecht** wird in einem dreifachen Sinn verstanden. Nimmt man das Wort Recht im objectiven Sinne, so bedeutet Erbrecht den Inbegriff der Rechtsregeln über die Succession einer oder mehrerer lebenden Personen in den Nachlaß eines Verstorbenen. Nimmt man das Wort Recht im subjectiven Sinne, so bedeutet Erbrecht bald die Befugniß einer Person, eine Erbschaft zu erwerben (das Recht zum Erwerb einer Erbschaft), bald die rechtliche Stellung einer Person, welche eine Erbschaft erworben hat (das Recht aus dem Erwerbe einer Erbschaft, die Erbfolge).

IV. Das Wort hereditas hat eine doppelte Bedeutung. Im objectiven Sinne bedeutet es den Nachlaß im Civilrecht[6], im subjectiven Sinne die Erbfolge nach Civilrecht; letztere Bedeutung ist in folgender Legaldefinition niedergelegt: hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius, quod defunctus habuit[7]. Der hereditas des Civilrechts entspricht im prätorischen Recht im objectiven Sinne das Wort bona[8], im subjectiven Sinne der Ausdruck bonorum possessio[9]. Zuweilen wird unter hereditas auch die prätorische Erbschaft und Erbfolge verstanden[10].

V. Unter **Delation, Anfall einer Erbschaft** (hereditas alicui defertur) versteht man eine derartige Berufung Jemandes zu einer Erbschaft, daß es bloß von seinem Willen abhängt, sie zu erwerben oder auszuschlagen[11]. Gibt der Delat eine bejahende Willenserklärung ab, so vollzieht er eine Antretung der Erbschaft (hereditatem adire, bonorum possessionem agnoscere); die verneinende Willenserklärung heißt eine Ausschlagung der Erbschaft (repudiare, recusare, omittere hereditatem, bonorum possessionem).

VI. Unter **Vermächtniß** versteht man die letztwillige Zuwendung eines Vortheils, welche in anderer Weise geschieht als durch Erbeinsetzung (§ 437). Auch das Zugewendete heißt Vermächtniß. Die römischen Bezeichnungen sind legatum und fideicommissum.

2) § 388. Hereditas und bonorum possessio.

Fabricius, historische Forschungen im Gebiete des Römischen Privatrechts. Heft 1. 1837. — **Leist**, die bonorum possessio, ihre geschichtliche Entwickelung und heutige Geltung. 2 Bde. 1844. 1848. — **Hingst**, comm. de bon. poss. 1858. — **Vangerow**, §§ 398—403.

I. **Begriff und Geschichte beider Institute.** Der Gegensatz der beiden Rechtsordnungen, welcher sich durch das ganze Römische Recht hindurchzieht, bestand in seiner ganzen Schärfe auch im Erbrecht: es gab ein civiles und ein prätorisches Erbsystem, eine hereditas und eine bonorum possessio, welche beide neben einander galten. Die Hauptunterschiede zwischen den beiden Erbsystemen bestanden darin, daß nach dem civilen bloß agnatische Verwandte, nach dem prätorischen auch gewisse cognatische Verwandte und der Ehegatte erbberechtigt waren (§§ 407. 413. 414);

---

[6] l. 5. pr. D. de h. p. 5, 3; § 20. I. de act. 4, 6. — [7] l. 24. D. de v. s. 50, 16; l. 62. D. de r. j. 50, 17. — [8] ll. 1—3. § 2. D. de b. p. 37, 1. — [9] l. 2. D. de b. p. 37, 1. — [10] l. 138. D. de r. j. 50, 17; l. 23. § 5. D. de aed. ed. 21, 1; l. 1. C. unde lib. 6, 14. — [11] l. 151. D. de v. s. 50, 16.

ferner daß bei Errichtung des Testaments andere Solennitäten nach dem civilen als nach dem prätorischen Recht beobachtet werden mußten; daß die Erwerbung der Erbschaft nach Civilrecht in einigen Fällen selbst wider den Willen des Delaten erfolgte, während nach prätorischem Recht stets nur der Wollende die Erbschaft erwarb (§§ 420. 421); daß die Antretung der Erbschaft nach Civilrecht an keine Frist geknüpft war und nicht vor Gericht zu erfolgen brauchte, wohl aber nach prätorischem Recht (§§ 419. 421); daß die Entscheidung über die Antretung der Erbschaft nach Civilrecht einem gewählten Vertreter (Mandatar) vom Delaten nicht überlassen werden konnte, wohl aber nach prätorischem Rechte (§§ 419. 421); daß dem prätorischen Erben neben der ordentlichen Erbschaftsklage ein schleuniges provisorisches Rechtsmittel (das int. quorum bonorum) zustand, welches dem Civilerben fehlte (§ 435). — Diese Unterschiede sind zum Theil schon in der Römischen Kaiserzeit, zum Theil erst in Deutschland beseitigt worden, so daß der Gegensatz des civilen und prätorischen Erbrechts heutzutage nicht mehr existirt. Schon in früher Kaiserzeit nämlich begann die Gesetzgebung beide Erbsysteme einander anzunähern; es wurde die Agnation allmählich ihres Vorzuges durch die Kaisergesetze beraubt (so namentlich durch das sct. Tertullianum, Orphitianum, Nov. 115. 118); es wurde die Vorschrift des Civilrechts, daß gewisse Personen wider ihren Willen Erben werden, durch das prätorische Edict so gut wie aufgehoben (§ 420); es wurde eine neue Testamentsform eingeführt, welche die civile und die prätorische Testamentsform absorbirte. Freilich finden sich noch im Justinianischen Recht einige Fälle der Erbberechtigung, welche lediglich auf prätorisches Recht zurückgeführt werden können (z. B. bon. poss. unde vir et uxor, ex Carboniano edicto), und auf diese wurden noch im Justinianischen Recht die besonderen Grundsätze der bon. poss. (namentlich die Beobachtung der prätorischen Antretungsfrist, die Antretung vor Gericht, die Zulässigkeit eines gewählten Stellvertreters vor der Antretung, das int. quorum bonorum) angewendet; allein die deutsche Praxis hat diese besonderen Grundsätze theils aufgehoben (so die prätorische Frist der Antretung und ihre Erbittung bei Gericht), theils auf jeden Erben übertragen, (so die Zulässigkeit eines gewählten Stellvertreters bei der Antretung, das int. quorum bonorum). Wenn man demnach noch heut die Erbberechtigung in einigen Fällen als bon. poss. bezeichnet, so liegt darin kein Hinweis auf eine besondere juristische Behandlung derselben, sondern auf ihren historischen Ursprung.

II. Stellung des prätorischen Erben. Der prätorische Erbe (bonorum possessor) war loco heredis, d. h. es kam ihm zwar nicht der Name, wohl aber die rechtliche Stellung eines heres zu[1]; demgemäß hatte er an den körperlichen Sachen, welche zur Erbschaft gehörten, bonitarisches Eigenthum[2]; die erbschaftlichen Forderungen konnte er mit actiones utiles (mit der Fiction: si heres esset) gerichtlich geltend machen; wegen der erbschaftlichen Schulden konnte er mit actiones utiles gerichtlich belangt werden[3]. Zum Schutz seines Erbrechts ward ein dop-

---

[1] Gai. 3, 32; Ulp. 28, 12; § 2. I. de b. p. 3, 9; l. 2. D. de b. p. 37, 1; l. 117. D. de r. j. 50, 17. — [2] Gai. 3, 80. — [3] Gai. 4, 34; Ulp. 28, 12.

peltes Rechtsmittel im prätorischen Edict aufgestellt; einmal die hereditatis petitio possessoria[4] analog der hereditatis petitio civilis des Civilerben (§ 430 Note 1), gerichtet auf definitive Anerkennung des Erbrechts und auf Leistung alles dessen, was der Verklagte an erbschaftlichem Gute hatte; sodann das int. quorum bonorum[5], ein schleuniges Rechtsmittel, gerichtet auf provisorische Anerkennung des Erbrechts und auf Herausgabe der körperlichen Erbschaftssachen, welche der Verklagte besaß (§ 435).

III. Eintheilungen der bonorum possessio.

1. Sog. bon. poss. utilis und necessaria. In dem int. quorum bonorum genoß der prätorische Erbe einen Vortheil vor dem Civilerben; daher erbaten diejenigen Civilerben, welchen auch das prätorische Edict ein Erbrecht gewährte, die bon. poss.[6] (die bon. poss. war für diese, wie die Neueren sagen, utilis, während sie für die bloß prätorisch Erbberechtigten necessaria war).

2. Bon. poss. sine re und cum re. Unterließ der Civilerbe die Erbittung der bon. poss., erbat sie in Folge dessen Jemand, welchem im prätorischen Edict ein Erbrecht hinter dem Civilerben eingeräumt worden war, und entstand hierauf ein Erbschaftsstreit zwischen dem Civil- und dem prätorischen Erben, so unterlag der letztere (die bon. poss. war, wie die Quellen sagen, sine re)[7]; anders wenn der prätorische Erbe im Edict ein Erbrecht vor dem Civilerben, mit welchem er processirte, erhalten hatte (dann war die bon. poss. cum re, id est cum effectu)[8].

3. Bon. poss. decretalis und edictalis. Das prätorische Erbsystem war selbst in classischer Zeit noch kein abgeschlossenes; denn in einigen Fällen ward im Edict die Ertheilung der bon. poss. an eine vorgängige, mit einem Decret des Magistrats endigende Untersuchung geknüpft; sie wurde hier nur dann gewährt, wenn sie dem Magistrat im speciellen Falle billig erschien[9] (z. B. die bon. poss. ex Carboniano edicto, § 423); in einigen anderen Fällen, deren im Edict nicht gedacht war, wurde die bon. poss. ertheilt, weil sie den im Edicte gedachten Fällen nahe verwandt waren (z. B. wenn gewisse Descendenten, die weder sui noch emancipati waren, aber von solchen abstammten, die bon. poss. beanspruchten)[10]. In solchen Fällen hieß die bon. poss. decretalis[11] im Gegensatz zur bon. poss. edictalis[12], welche letztere die Fälle des festen, durch das Edict bestimmten prätorischen Erbrechts enthält.

IV. Ursprung der bonorum possessio. So klar das Wesen der bon. poss. zur Zeit der classischen Juristen ist (sie ist zu dieser Zeit ein neues, dem altcivilen entgegengesetztes Erbsystem), so unklar und be-

---

[4] t. D. 5, 5: de possessoria hereditatis petitione. — [5] Gai. 4, 144; § 3. I. de int. 4, 15. — [6] Gai. 3, 34; § 1. I. de b. p. 3, 9. — [7] Gai. 3, 35—38; Ulp. 28, 13. — [8] Gai. 2, 148; Ulp. 23, 6; 26, 8; l. 25. C. de inoff. 3, 28. — [9] l. 1. pr. § 10. l. 3. §§ 2. 3. 4. D. de carb. ed. 37, 10; l. 1. §§ 1. 15. l. 7. § 2. D. de ventre 37, 9; l. 1. D. de b. p. fur. 37, 3; l. 1. § 5. D. de succ. ed. 38, 9; l. 1. § 1. l. 2. § 11. D. ad sct. tert. 38, 17; l. 34. D. de a. h. 29, 2. — [10] l. 4. D. de conj. 37, 8; l. 5. § 1. l. 6. D. si tab. test. 38, 6; l. 3. § 9. l. 5. l. 6. § 4. l. 14. § 1. l. 17. D. b. p. c. t. 37, 4; l. 12. D. de carb. ed. 37, 10; l. 86. pr. D. de a. h. 29, 2. — [11] l. 1. § 7. D. de succ. ed. 38, 9. — [12] l. 1. § 4. D. si tab. test. 38, 6; l. 30. § 1. D. de a. h. 29, 2.

stritten ist es in ihrer Anfangszeit, mit anderen Worten ihr Ursprung. Zwei Hauptmeinungen sind hierüber aufgestellt worden, welche freilich in vielfachen Nüancen auftreten. Nach der ersten Meinung war es von vornherein die Absicht des Prätor, das civile Erbrecht, wo es lückenhaft war, durch die bon. poss. zu ergänzen, wo es dem veränderten Rechtsgefühle nicht mehr entsprechend war, abzuändern; mit anderen Worten: die bon. poss. sei von Anfang an supplendi und corrigendi iuris civilis gratia gewesen, und erst später sei sie dadurch confirmandi iuris civilis gratia geworden, daß die Vortheile des prätorischen Erbrechts auch denjenigen Civilerben eingeräumt wurden, deren Erbrecht das prätorische Edict nicht entgegentrat. Nach der zweiten Meinung verfolgte der Prätor ursprünglich andere Zwecke als die Aufstellung eines eigenen Erbsystems; nach Einigen diente die bon. poss. ursprünglich dazu, den Besitzstand zwischen zwei Erbprätendenten während schwebender hereditatis petitio zu reguliren (denn oft war keiner von Beiden im Besitz der Erbschaft, und ohne eine Bestimmung hierüber konnte die hered. petitio nicht vor sich gehen); nach Anderen bezweckte sie die Antretung der Erbschaft Seitens der Delaten zu beschleunigen (denn nach Civilrecht bestanden keine Antretungsfristen, erst das prätorische Edict führte dieselben ein und gab die bonorum possessio, wenn der in erster Stelle berufene Civilerbe die Erbschaft in der durch das Edict vorgeschriebenen Frist nicht antrat, dem nach ihm kommenden Civilerben); mit anderen Worten: die bon. poss. sei ursprünglich iuris civilis confirmandi gratia gewesen, und erst allmählich seien die bon. poss. supplendi und corrigendi iuris civilis gratia hinzugetreten. — Bei dem Stande unserer Quellen ist es unmöglich, einen überzeugenden Beweis für oder gegen eine dieser Meinungen zu erbringen.

3) § 389. Hereditas iacens.

Savigny, System, § 102. 1840. — Jhering, Abhandlungen aus dem Römischen Recht. Nr. 1. 1843. — Schirmer, de tribus regulis iuris in hereditate iacente observatis commentatio. 1852. — v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts. Nr. 1. 1853. — Köppen, die Erbschaft. 1856. — Vangerow, § 394.

Mit dem Tode einer Person wird ihr Nachlaß nicht rechtlos, sondern er geht in seiner Gesammtheit auf den oder die Erben über; daneben können durch Bestimmung des Erblassers Vermächtnisse angeordnet werden. Der Uebergang des Nachlasses auf die Erben findet zuweilen sofort im Augenblick des Todes des Erblassers statt (§ 420); in der Regel aber verläuft zwischen dem Tode des Erblassers und dem Uebergang des Nachlasses auf die Erben (dem Erwerb der Erbschaft) ein mehr oder weniger andauernder Zeitraum; während dieses Zeitraums nennt man die Erbschaft hereditas iacens, ruhende, liegende Erbschaft. Ueber den rechtlichen Zustand der hereditas iacens werden in den Quellen drei Regeln aufgestellt, welche anscheinend sich einander widersprechen:

1. Nach der ersten Regel (res hereditariae nullius sunt) [1] scheinen die erbschaftlichen Güter herrenlos zu sein.

[1] l. 1. pr. D. de r. d. 1, 8; l. 13. § 2. l. 43. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 9. D. de naut. foen. 22, 2; l. 1. pr. D. de succ. ed. 38, 9; l. 13. § 5. D. quod vi 43, 24; l. 6. D. exp. her. 47, 19.

2. Nach der zweiten Regel (hereditas vice defuncti fungitur, personam defuncti sustinet)[2] wird die Erbschaft als die Repräsentantin des Erblassers angesehen, so daß die erbschaftlichen Güter der Erbschaft gehören, und diese als eine juristische Person (richtiger: als die juristische Persönlichkeit des Erblassers) anzusehen ist.

3. Nach der dritten Regel (heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte testatoris successisse defuncto intelligitur)[3] wird der Antritt der Erbschaft Seitens des Delaten auf den Todestag des Erblassers zurückbezogen, woraus zu folgen scheint, daß die erbschaftlichen Güter in der Zeit der ruhenden Erbschaft dem künftigen Erben gehören.

Die Versuche, diese drei Regeln zu vereinigen, sind sehr mannigfach; folgender dürfte am meisten befriedigen. Die erste Regel ist in demselben Sinne zu nehmen, in welchem die Güter einer juristischen Person als res nullius bezeichnet werden[4]: erbschaftliche Güter gehören keinem Menschen (sondern der Erbschaft). Von den beiden anderen Regeln kann die dritte nicht wörtlich genommen werden; denn nach klaren Quellenzeugnissen erwirbt der Erbe die erbschaftlichen Güter nicht schon vom Todestage des Erblassers, sondern erst von dem Augenblicke an, wo er die Erbschaft erwirbt[5]; in welchem Sinne die dritte Regel genommen werden muß, das wird unten im Text zu Note 10. 11 gezeigt werden. Jetzt ist soviel klar, daß der rechtliche Zustand der erbschaftlichen Güter durch die zweite Regel (die Regel von der Fiction der Repräsentation des Erblassers durch die Erbschaft) genau angegeben wird. Ohne die Fiction der Repräsentation würde der Nachlaß, weil ihm ein Subject fehlt, den Grundsätzen der herrenlosen Güter unterliegen, d. h. der Occupation freigegeben sein, und das Erbrecht wäre unmöglich; um das Erbrecht zu ermöglichen, ist die Fiction der Repräsentation des Erblassers durch die Erbschaft aufgestellt: die Person des Erblassers gilt juristisch als in der Erbschaft fortdauernd, letztere ist die Herrin der erbschaftlichen Güter[6] und sie kann durch neue hinzutretende Rechte und Verbindlichkeiten allerhand Aenderungen wie das Vermögen einer jeden juristischen Person erfahren[7]; nur derjenigen Verhältnisse ist sie unfähig, welche regelmäßig eine natürliche Person voraussetzen (Personalservituten, Besitz)[8]. Weil die Person des Erblassers in der Erbschaft juristisch fortdauert, so wird die letztere von der Rechtsfähigkeit des Erblassers beherrscht; wenn der Erblasser eines Rechtsverhältnisses unfähig war, so ist es auch die Erbschaft, und daher z. B. kann ein Erbschaftssklave nur dann von einem Dritten zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtniß bedacht werden, wenn der Erblasser diese Fähigkeit hatte[9]. Ist der Zweck, um

[2] l. 33. § 2. l. 34. D. de a. r. d. 41, 1; l. 31. § 1. D. de h. i. 28, 5; l. 116. § 3. D. de leg. 1. (30); § 2. I. de h. i. 2, 14; pr. I. de stip. serv. 3, 17; l. 24. D. de nov. 46, 2. — [3] l. 54. D. de a. v. o. h. 29, 2; l. 138. pr. l. 193. D. de r. j. 50, 17; l. 28. § 4. D. de stip. serv. 45, 3. — [4] l. 1. pr. D. de r. d. 1, 8. — [5] l. 8. D. de r. c. 12, 1; l. 80. D. de leg. 2. (31); l. 1. § 6. D. de inj. 47, 10. — [6] l. 31. § 1. D. de h. i. 28, 5; l. 15. pr. D. de usurp. 41, 3; l. 22. D. de fid. 46, 1; l. 13. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 61. pr. D. de a. r. d. 41, 1. — [7] l. 20. § 3. D. de h. p. 5, 3; l. 3. § 6. D. de neg. gest. 3, 5; l. 178. § 1. D. de v. s. 50, 16. — [8] l. 1. § 15. D. si is qui test. 47, 4; l. 61. § 1. D. de a. r. d. 41, 1; l. 26. D. de stip. serv. 45, 3. — [9] S. die Stellen der Note 2.

dessenthalben die Repräsentation des Erblassers durch die Erbschaft fingirt wurde, mittels des Antritts des Berufenen erreicht, so endet die Fiction selbst; mit anderen Worten: wenn der Delat die Erbschaft angetreten hat, so existirt keine Erbschaft mehr, die Erbschaft löst sich nunmehr in ihre einzelnen Bestandtheile auf, diese gehören dem Erben wie seine bisherigen Vermögensbestandtheile, und sie werden fortan von dessen Rechtsfähigkeit beherrscht. — Dem Erben gehören die erbschaftlichen Güter erst von dem Augenblick an, wo er die Erbschaft antritt (oben Note 5), allein die Möglichkeit des Erwerbs hatte er schon mit dem Tode des Erblassers erlangt; wo nun besondere Billigkeitsgründe obwalten, wird diese Möglichkeit des Erwerbs als Erwerb selbst behandelt. So kann ein Sklave, wenn er auf einen bestimmten Namen einen Erwerb machen will, ihn nur auf den Namen seines Herrn machen, allein einem Erbschaftssklaven ist es gestattet, ihn auf den Namen des zukünftigen Erben zu machen (z. B. heredi futuro dare spondes? spondeo)[10]. So muß ein Emancipatus, wenn er seinen Vater beerbt, nach classischem Recht sein im Augenblick des Todes des Vaters vorhandenes Vermögen in die Erbschaft einwerfen (§ 429 unter I); war ihm nun im Augenblick des Todes des Vaters der Nachlaß eines Dritten als Erbschaft deferirt, so muß er auch diesen conferiren, falls er ihn später erworben hat[11]. So kann Jemand unter einer Suspensivbedingung als Erbe in einem Testament eingesetzt werden, und wird erst, wenn die Bedingung erfüllt ist, Erbe, aber die Früchte des Nachlasses gebühren ihm, falls die Bedingung erfüllt wird, vom Todestage des Erblassers an. Diese und ähnliche Fälle waren es, welche zur Aufstellung der dritten Regel (Rückziehung des Erbschaftsantritts auf den Todestag, die sog. retrotractive Fiction) Anlaß gaben.

4) § 390. Voraussetzungen des Erbrechts.

Vangerow, §§ 395—397. 404.

Unter Voraussetzungen des Erbrechts werden diejenigen juristischen Thatsachen verstanden, welche erforderlich sind, damit eine bestimmte Person der Erbe einer anderen sei. Diese sind: I) der Tod einer völlig rechtsfähigen Person; II) die Delation der Erbschaft an eine erbfähige Person; III) der Erwerb der Erbschaft Seitens des Delaten.

I. Der Tod einer völlig rechtsfähigen Person. Darin liegt:

1. Nur ein Verstorbener kann beerbt werden (daher das Rechtssprichwort der Neueren: hereditas viventis non datur)[1]. Juristische Personen können es nicht, sondern das nach ihrer Aufhebung vorhandene Vermögen unterliegt, sofern nicht ihre Gläubiger oder Mitglieder Rechte daran haben, den Grundsätzen über bona vacantia (§§ 34. 426). Der für todt Erklärte wird nur unter der Voraussetzung beerbt, daß die Todeserklärung auf Wahrheit beruht; erweist sie sich durch die Rückkehr des Verschollenen

[10] l. 28. § 4. l. 16. l. 18. § 2. l. 35. D. de stip. serv. 45, 3; l. 27. § 10. D. de pact. 2, 14. — [11] l. 2. pr. D. de coll. 37, 6.

[1] l. 27. D. de a. v. o. h. 29, 2; l. 1. D. de her. vend. 18, 4.

als unrichtig, so müssen diejenigen Personen, welche bisher als Erben galten, das Vermögen des Verschollenen dem letzteren wieder herausgeben.

2. Als nicht völlig rechtsfähig konnte nach altem Civilrecht das Hauskind nicht beerbt werden[2]; dieser Rechtssatz ist schon im classischen Recht weggefallen. Zur Verschärfung der Strafe galt Derjenige, der eine capitis deminutio media erlitten, für unfähig, beerbt zu werden[3]; dieser Rechtssatz ist im heutigen Recht weggefallen. Ebenso weggefallen ist heut die Beerbungsunfähigkeit der Sklaven[4].

II. Die Delation (der Anfall) der Erbschaft an eine erbfähige Person. Es wird demnach vorausgesetzt:

1. Eine Delation der Erbschaft. Die Delation kann geschehen a) durch ein Testament (dann heißt das civile Erbrecht hereditas testamentaria, das prätorische bonorum possessio secundum tabulas); b) durch das Gesetz; dasselbe tritt in zwei verschiedenen Fällen ein: einmal wenn zwar ein Testament vorhanden, aber gewisse nahverwandte Personen (Notherbberechtigte) darin nicht berücksichtigt sind (dann heißt das civile Erbrecht hereditas legitima, das prätorische bonorum possessio contra tabulas); sodann wenn überhaupt kein Testament oder doch kein giltiges vorhanden ist (dann heißt das civile Erbrecht hereditas legitima[5], ab intestato, das prätorische bonorum possessio intestati, ab intestato). — Ueber das Verhältniß der verschiedenen Delationsweisen gelten folgende Grundsätze:

α. die testamentarische Delation steht der Delation an Notherbberechtigte nach, geht aber der Delation an bloße Intestaterbberechtigte vor[6];

β. die testamentarische Delation kann mit derjenigen an Notherbberechtigte concurriren[7], nicht hingegen mit derjenigen an Intestaterben: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest[8]. Aus dieser Regel, deren innerer Grund bestritten ist, folgt daß, wenn Jemand bloß über einen Theil seines dereinstigen Nachlasses testirt, dem eingesetzten Erben dennoch die ganze Erbschaft deferirt wird; ferner daß, wenn eine von mehreren im Testament zum Erben eingesetzten Personen aus irgend einem Grund die Erbschaft nicht erwirbt, der auf sie fallende Theil des Nachlasses den übrigen eingesetzten Personen anwächst (accrescirt, § 426). Nur der Soldat war nach Römischem Recht an die Regel: nemo pro parte .... nicht gebunden[9], weil nach kaiserlichen Constitutionen der Soldat von allen gesetzlichen Schranken des letzten Willens frei war; aber diese Bestimmung ist durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt. Auch dann kann die Regel nicht zur Anwendung kommen, wenn ein Hauskind Vermögen von verschiedener juristischer Beschaffenheit hat: theils solches worüber es testiren kann (pec. castrense und quasi castr.), theils anderes (bona adventicia)[10].

---

[2] Ulp. fr. 20, 10; l. 11. D. de fid. 46, 1. — [3] l. 7. § 5. D. de bon. damn. 48, 20; l. 17. § 1. D. de poen. 48, 19; l. 3. D. de int. et rel. 48, 22. — [4] l. 3. § 1. D. de v. s. 50, 16; l. 4. C. comm. de succ. 6, 59. — [5] l. 3. § 2. D. pro soc. 17, 2. — [6] l. 39. D. de a. h. 29, 2. — [7] l. 15. § 2. l. 19. D. de inoff. test. 5, 2. — [8] l. 7. D. de r. j. 50, 17; § 5. I. de her. inst. 2, 14; Cic. de inv. 2, 21. — [9] l. 6. D. de test. mil. 29, 1; § 5. I. de her. inst. 2, 14. — [10] pr. I. quib. non est perm. 2, 12.

Im heutigen Gemeinen Recht besteht außer dem Testament und dem Gesetz noch ein dritter Delationsgrund der Erbschaft: der Erbvertrag. Dem Römischen Recht ist derselbe (außer wenn der Erblasser ein Soldat ist)[10a] fremd; es bestimmt vielmehr: Verträge, wodurch der eine Contrahent den anderen zum Erben einsetzt (Erbeinsetzungsverträge), verstoßen gegen die gute Sitte, weil Jener sich dadurch der Testirfähigkeit für die Zukunft begibt, und sind deshalb nichtig[11]; Verträge, wodurch der eine Contrahent auf den Nachlaß des Anderen verzichtet (Erbverzichte), sind nichtig[12], weil eine Erbschaft erst dann ausgeschlagen werden kann, wenn sie Jemandem deferirt ist[13]; Verträge, wodurch Jemand über den zukünftigen Nachlaß eines Dritten, falls er ihm als Erbschaft deferirt werden sollte, mit einem Anderen contrahirt (Erbschaftsverträge), sind nichtig, weil sie unziemlich sind, und Jener verliert die Erbschaft, falls sie ihm später deferirt wird, als Indignus[14] (§ 426 Note 18); nur dann ist ein Erbschaftsvertrag giltig, wenn Derjenige, um dessen Nachlaß es sich handelt, darein einwilligt[15]; der Einwilligende ist aber nicht verpflichtet, dem anderen Contrahenten seinen Nachlaß zuzuwenden. Unbestritten sind die römischen Grundsätze über die Erbverträge (Erbeinsetzungsverträge und Erbverzichte) durch die deutsche Praxis im 17. Jahrh. beseitigt worden; bestritten ist es in Theorie und Praxis, ob die über die Erbschaftsverträge heut gelten; es ist dies zu bejahen, denn eine das Römische Recht abändernde deutsche Praxis hat sich hier nicht gebildet.

Was den Zeitpunkt der Delation der Erbschaft betrifft, so fällt er regelmäßig in den Augenblick des Todes des Erblassers; in einigen Fällen fällt er in eine spätere Zeit: a) wenn Jemand einen Erben unter einer Suspensivbedingung eingesetzt hat und die Bedingung bei seinem Tode noch schwebt (§ 401); b) wenn der zunächst berufene Intestaterbe die Erbschaft nicht erwirbt, so daß es zur sog. successio ordinum vel graduum kommt (§ 410); c) wenn Jemand mit Hinterlassung eines Testaments stirbt, welches später ungiltig wird (§ 405).

2. Die Erbfähigkeit Desjenigen, welchem die Erbschaft deferirt wird (des Delaten). Erbunfähig ist nach heutigem Recht a) Derjenige, welcher erst nach dem Tode des Erblassers concipirt wird[16]; b) Derjenige, welcher zur Zeit der Delation bereits verstorben ist[17]; c) die juristischen Personen außer dem Staat (dieser schon nach altem Civilrecht), den Gemeinden, Kirchen und milden Stiftungen (diese nach Gesetzen der Kaiserzeit; über die Stiftungen vgl. § 36 unter 2)[18]; andere juristische Personen haben die Erbfähigkeit nur dann, wenn sie ihnen durch besonderes Privilegium beigelegt worden ist[19]. — Dahingegen gab es im

[10a] l. 19. C. de pact. 2, 3. — [11] l. 15. C. de pact. 2, 3; l. 34. C. de transact. 2, 4; l. 5. C. de pact. conv. 5, 14; l. 4. C. de inut. stip. 8, 39. — [12] l. 16. D. de suis 38, 16; l. 35. § 1. C. de inoff. 3, 28; l. 3. C. de coll. 6, 20. — [13] l. 13. l. 18. D. de a. h. 29, 2. — [14] l. 2. § 3. D. de his quae ut. ind. 34, 9; l. 29. § 1. l. 30. D. de don. 39, 5. — [15] l. 2. § 3. D. de his quae ut ind. 34, 9; l. ult. C. de pact. 2, 3. — [16] l. 6. l. 7. l. 8. pr. D. de suis 38, 16; l. 1. § 8. D. unde cogn. 38, 8; l. 3. D. de b. p. s. t. 37, 11; § 8. I. de her. ab int. 3, 1. — [17] l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51; l. 59. § 6. D. de her. inst. 28, 5; l. 45. § 1. D. de vulg. sub. 28, 6. — [18] l. 12. C. de h. i. 6, 24; l. 1. l. 23. C. de ss. eccl. 1, 2; Nov. 131. c. 9; cf. Ulp. 22, 5. 6. — [19] l. 8. C. de h. i. 6, 24.

Römischen Rechte noch mehr Erbunfähigkeitsfälle, nämlich: d) der Peregrine (gegenüber dem römischen Erblasser), daher auch Derjenige, welcher eine cap. demin. media erlitten hatte [20]; e) die Kinder von Hochverräthern (nur konnten die Töchter aus der mütterlichen Erbschaft ihren Pflichttheil fordern) [21]; f) die Apostaten und Häretiker [22]; g) die Wittwe, welche eine zweite Ehe vorzeitig eingeht, sowie Diejenige, welche sie eingeht, ohne ihren Verbindlichkeiten als Vormünderin ihrer Kinder erster Ehe nachgekommen zu sein (nur die Verwandten bis zum dritten Grade konnte sie ab intestato beerben); h) die Verwandten eines Pupillen, welche, falls sie ein Jahr lang ihm keinen Vormund erbitten, und er als Unmündiger stirbt, ihm gegenüber erbunfähig werden (§§ 350. 351. 372). — Diese Fälle (d—h) sind heut theils durch das veränderte Völker- und Strafrecht, theils durch die Praxis abgeschafft.

III. Der Erwerb der Erbschaft Seitens des Delaten. Die Delation der Erbschaft macht den Delaten regelmäßig nicht sofort zum Erben, sondern verschafft ihm bloß die Befugniß, die Erbschaft anzunehmen [23]. Durch die Ausschlagung der Erbschaft Seitens des Delaten wird die Delation aufgehoben, ebenso in der Regel dadurch, daß der Delat, ohne eine Erklärung abgegeben zu haben, stirbt oder erbunfähig wird [24]. Durch den Antritt der Erbschaft Seitens des Delaten wird derselbe Erbe (§ 419 sqq.). Zuweilen wird der Delat sofort mit der Delation Erbe (§ 420).

Zweites Capitel.

Die Delation der Erbfolge.

Erster Titel.

Die testamentarische Erbfolge.

Roßhirt, testamentarisches Erbrecht bei den Römern. 1840.

I. § 391. Bedeutung der letztwilligen Verfügungen. Begriff des Testaments.

Hermann, Griech. Privatalterthümer, 2. Aufl. von Stark. 1870. § 65. — Michaelis, Mosaisches Recht. 1771. Bd. 2. § 80. — Saalschütz, Mosaisches Recht. 1853. Cap. 109.

1. Letztwillige Verfügungen enthalten eine bedeutende Erweiterung der Freiheit des Menschen: der Wille des Menschen überdauert den letzteren nach seinem Tode. Nach der gemeinen Meinung sind letztwillige Verfügungen ein Erzeugniß des Römischen Rechtsgeistes, und erst

---

[20] l. 6. § 2. D. de h. i. 28, 5; l. 1. C. de h. i. 6, 24; l. 13. pr. D. de b. p. 37, 1; l. 3. pr. D. de his quae pro non script. 34, 8. — [21] l. 5. C. ad l. Jul. maj. 9, 8. — [22] l. 3. l. 4. C. de apost. 1, 7; l. 4. l. 5. l. 18. l. 19. l. 22. C. de haer. 1, 5. — [23] l. 151. D. de v. s. 50, 16; Gai. 2, 169. — [24] l. 1. § 4. D. ad sct. tert. 38, 17; l. un. § 5. C. de cad. toll. 6, 51; Paul. s. r. 4, 10. § 3.

von den Römern auf andere Völker übergegangen. Allein bereits in sehr alter Zeit finden sich die letztwilligen Verfügungen bei Juden und Griechen, (vgl. § 392 N. 3), freilich aber waren sie bei ihnen nur unter vielen Voraussetzungen und unter großen Einschränkungen zulässig (z. B. nach Athenischem Recht durfte nur Derjenige eine letztwillige Verfügung errichten, welcher keine leiblichen Söhne hatte, bei den Juden war nur eine Vertheilung unter den Familiengliedern zulässig, und das Recht des Erstgeborenen auf einen doppelten Theil war unantastbar). Gerade diese Voraussetzungen und Einschränkungen sind dem Römischen Recht (— abgesehen von dem sog. Notherbrecht, welches sich übrigens erst in späterer Zeit entwickelte —) völlig fremd; das Eigenthümliche des Römischen Rechts besteht demnach in der sog. Testirfreiheit.

2. Begriff des Testaments. Der letztwilligen Verfügungen gibt es zwei: Testament und Codicill. Die Legaldefinition des Testaments[1] (testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit) ist ungenau, denn danach wäre das Testament mit jeder letztwilligen Verfügung identisch. Man muß vielmehr das Testament als diejenige letztwillige Verfügung definiren, in welcher eine Erbeinsetzung enthalten ist; denn das wesentliche Stück des Testaments ist die Erbeinsetzung[2]; die anderen Bestimmungen in einem Testamente (Vermächtnisse, Freilassungen von Sklaven, Bestimmungen über Vormundschaft und Erziehung der Kinder, über das Begräbniß) sind bloße Nebenbestimmungen der Erbeinsetzung, so daß, falls letztere ungiltig ist oder wird, regelmäßig auch jene ungiltig sind resp. werden[3].

II. Errichtung eines Testaments.

Vorbemerkung.

Zur Errichtung eines Testaments gehört, 1) daß der Verfügende (Testator) fähig zur Errichtung sei (§ 392), 2) daß das Testament in einer gewissen Form erklärt werde (§ 393 sqq.), 3) daß es eine gehörige Erbeinsetzung enthalte (§ 396 sqq.).

A. § 392. Die Testirfähigkeit (sog. testamentifactio activa).

t. D. XXVIII, 1: qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. — t. C. VI, 22: qui testamenta facere possunt vel non. — t. I. II, 12: quibus non permittitur facere testamentum. — Vangerow, § 428.

Unter testamentifactio verstehen die Quellen die Fähigkeit, in irgend einer Eigenschaft bei einem Testament betheiligt zu sein, es sei als Testator, als Bedachter, als Zeuge. Die Neueren aber nennen die Fähigkeit, ein Testament zu errichten (die Testirfähigkeit) testamentifactio activa. Diese Fähigkeit muß der Testator zur Zeit der Errichtung des Testaments haben[1]; auch

---

[1] l. 1. D. qui test. 28, 1. — [2] l. 20. D. de jure cod. 29, 7; l. 14. C. de test. 6, 23. — [3] l. 1. § 3. D. de vulg. subst. 28, 6; § 34. I. de leg. 2, 20.

[1] l. 19. D. h. t. 28, 1.

darf er nicht daran zweifeln, daß er sie habe [2]; nicht hingegen ist erforderlich, daß der Testator sie bis zum Tode behalte; vielmehr hebt ihr späterer Verlust das Testament nur dann auf, wenn er durch capitis deminutio des Testators eingetreten ist (§ 405 Note 1—3). — Von den Fällen der mangelnden Testirfähigkeit sind viele, welche noch im Justinianischen Rechte galten, heut hinweggefallen; so die der Sklaven, der Peregrinen (diese konnten jedoch dann testiren, wenn ihr Landesrecht die Testamente kannte) [3], Derjenigen, welche eine capitis deminutio magna zur Strafe erlitten hatten [4], der Apostaten und gewisser Ketzer [5] (§ 28 Note 10. 17); weggefallen ist ferner nach richtiger Meinung die Unfähigkeit (die Intestabilität, § 27) der Pasquillanten [6], denn das Reichsstrafgesetzbuch kennt die Strafe der Intestabilität nicht; weggefallen ist endlich nach richtiger Meinung die durch das canonische Recht verordnete Testirunfähigkeit der usurarii manifesti [7]; denn diese Verordnung, welche sich auf jeden, welcher Zinsen nimmt, bezog, ist durch die spätere Rechtsentwicklung über das Zinsennehmen und über den Zinswucher (§ 43 Note 7—9) beseitigt worden. — Nach heutigem Recht fehlt die sog. testamentifactio activa:

1. Den Willensunfähigen [8], namentlich den Geisteskranken außer in lichten Zwischenräumen [9].

2. Den Unmündigen [10], welche selbst nicht mit Einwilligung des Vormundes testiren können [11]; Mündige hingegen können ein Testament errichten und bedürfen hiezu nicht der Einwilligung des Vormunds.

3. Dem erklärten Verschwender [12].

4. Den Hauskindern in Betreff ihrer (regulären und irregulären) Adventicien [13]; in Betreff ihres pecul. castrense und quasi castrense sind sie testirfähig, selbst wenn sie den Stand des Soldaten, Beamten u. s. w. aufgegeben haben [14]. Einige Juristen behaupten, daß nach einer Bestimmung des canonischen Rechts [15] das Hauskind zum Besten von frommen Zwecken mit Genehmigung des Vaters über die Adventicien testiren könne; allein diese canonische Bestimmung handelt nicht von Testamenten der Hauskinder, sondern von Schenkungen von Todeswegen.

5. Den Taubstummgeborenen nach einer Bestimmung Justinians [16], (während nach vorjustinianischem Recht [17] sowohl Taube als Stumme testirunfähig waren, es sei denn, daß sie dem Soldatenstande angehörten oder vom Kaiser ein besonderes Privileg erhalten hatten [18]). Heutzutage halten Einige die unterrichteten Taubstummgeborenen für testirfähig —

---

[2] l. 1. pr. D. de leg. 3. (32); l. 11. § 1. D. de test. mil. 29, 1. — [3] Ulp. fr. 20, 14. — [4] l. 8. §§ 1. 2. D. h. t. 28, 1; l. 1. § 2. D. de leg. 3. (32). — [5] l. 3. C. de apost. 1, 7; l. 4. § 5. C. de haer. 1, 5; Nov. 115. c. 3. § 14. — [6] l. 18. § 1. D. h. t. 28, 1; l. 5. §§ 9. 10. D. de inj. 47, 10. — [7] c. 2. in VI. de usur. 5, 5. — [8] l. 2. l. 17. D. h. t. 28, 1; l. 3. pr. C. h. t. 6, 22. — [9] l. 9. C. h. t. 6, 22. — [10] l. 5. D. h. t. 28, 1; l. 4. C. h. t. 6, 22; § 1. I. h. t. 2, 12. — [11] Gai. 2, 113. — [12] l. 18. pr. D. h. t. 28, 1; § 2. I. h. t. 2, 12. — [13] l. 11. C. h. t. 6. 22; l. 8. § 5. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [14] l. 26. § 1. D. de test. mil. 29, 1; pr. I. h. t. 2, 12. — [15] c. 4. de sepult. in VI. 3, 12. — [16] l. 10. C. h. t. 6, 22; § 3. I. h. t. 2, 12. — [17] l. 6. § 1. l. 16. pr. D. h. t. 28, 1. — [18] l. 7. D. h. t. 28, 1; l. 4. D. de test. mil. 29, 1; § 2. I. eod. 2, 11.

mit Recht, denn die Notariatsordnung von 1512 § 4 erklärt Jeden, welcher reden oder schreiben kann, für testirfähig.

6. Wer seinen Willen nicht in gemeinverständlicher Weise ausdrücken kann[19], wird gewöhnlich als testirunfähig bezeichnet, während er doch bloß unfähig ist, seinen Willen zu erklären.

B. Die Form des Testaments.

1) Privattestamente.

a. § 393. Regelmäßige Privattestamente.

t. D. XXVIII, 1: qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. — t. C. VI, 23: de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur. — t. I. II, 10: de testamentis ordinandis. — Notariatsordnung von 1512. — Vangerow, §§ 444—446.

Privattestamente sind solche, welche ohne Mitwirkung von staatlichen Organen errichtet werden. Nach Justinianischem und heutigem Gemeinem Recht gibt es zwei regelmäßige Privattestamente: das schriftliche und das mündliche. Bei beiden sind sieben Zeugen zuzuziehen und der Testiract ist in einheitlicher Weise zu vollziehen; verschieden in jedem ist die Erklärungsform.

I. Die sieben Testamentszeugen sind Solennitätszeugen (§ 65 unter I); giltige Zeugen sind sie nur dann, wenn der Testator sie aufgefordert hat, der Errichtung des Testaments beizuwohnen (testes rogati)[1], wenn sie dieser Aufforderung freiwillig nachkommen (testes voluntarii)[2], und wenn sie zur Zeit der Errichtung des Testaments zum Testamentszeugniß fähig sind (wenn sie testamentifactio haben, testes idonei)[3]. Einige Unfähigkeiten des Justinianischen Rechts sind heut geschwunden: die der Sklaven, der Peregrinen, der Pasquillanten (als intestabiles)[4], der wegen Ehebruchs[5] und wegen Erpressung[6] Verurtheilten. Nach heutigem Recht sind zum Testamentszeugniß unfähig: 1) die Frauen[7]; 2) die des Beweiszeugnisses Unfähigen, namentlich die Unmündigen, die Geisteskranken[8], die Stummen, Tauben[9]; ob auch die Blinden? ist in den Quellen nicht erörtert, und unter den Neueren bestritten; 3) der erklärte Verschwender[10]; 4) nach Justinianischem Recht[11] der eingesetzte Erbe und wer mit ihm durch väterliche Gewalt verbunden ist (Hauskind, Hausvater, Hausbruder)[12]; hingegen die mit einem Vermächtniß Bedachten sind zum Testamentszeugniß fähig[13]; 5) Derjenige, welcher sich in der Gewalt des Testators befindet[14]; ob aber auch umgekehrt, wenn ein Hauskind (über sein pec. castrense und quasi

[19] l. 29. C. de test. 6, 24.

[1] l. 21. § 2. D. h. t. 28, 1; Notariats-O. v. 1512. § 3. — [2] l. 20. § 10. D. h. t. 28, 1. — [3] l. 22. § 1. D. h. t. 28, 1. — [4] § 6. I. h. t. 2, 10; l. 18. § 1. D. h. t. 28, 1. — [5] l. 14. D. de test. 22, 5. — [6] l. 15. pr. D. de test. 22, 5, welcher freilich l. 20. § 5. eod. widerspricht. — [7] § 6. I. h. t. 2, 10; Notariats-O. v. 1512. § 6. — [8] l. 20. § 4. D. h. t. 28, 1; § 5. I. h. t. 2, 10. — [9] § 6. I. h. t. 2, 10. — [10] l. 18. D. h. t. 28, 1. — [11] Ueber das frühere Recht s. Gai. 2, 105—108. § 10. I. h. t. 2, 10. — [12] l. 20. pr. D. h. t. 28, 1; § 10. I. h. t. 2, 10; Notariats-O. v. 1512. § 6. — [13] l. 20. pr. D. h. t. 28, 1; l. 22. C. h. t. 6, 23; § 11. I. h. t. 2, 10. — [14] § 9. I. h. t. 2, 10.

castrense) testirt, sein Hausvater resp. seine Hausbrüder des Testamentszeugnisses unfähig sind: darüber besteht in den Quellen[15] selbst eine Antinomie, deren Lösung bisher vergeblich versucht worden ist; 6) nach Römischem Rechte die Infamen[16], heut Diejenigen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt worden sind[17]. Uebrigens ist Derjenige, dessen sich der Testator zum Schreiben des Testaments bedient hat, durchaus fähig, als Testamentszeuge zu fungiren[17a]. — Wird ein Unfähiger aus entschuldbarem Irrthum für fähig gehalten, so schadet seine Zuziehung der Giltigkeit des Testaments nicht; die Quellen[18] sprechen dies bezüglich eines Sklaven aus, welcher allgemein für frei gehalten wird.

II. Die einheitliche Vollziehung des Testiracts (sog. unitas actus) verlangt zweierlei: a) der Testiract darf nicht abgebrochen, sondern muß, nachdem er begonnen, unmittelbar zu Ende geführt werden[19]; gleichgiltig ist es (was Einige leugnen), daß der Testiract sich bis in einen neuen Tag hineinzieht; b) der Testiract darf nicht durch fremdartige Handlungen unterbrochen werden[20]; jedoch sind mäßige Unterbrechungen, bedingt durch leibliche Bedürfnisse des Testator oder der Testamentszeugen, gestattet[21].

III. Die Erklärungsform ist eine andere bei dem schriftlichen als bei dem mündlichen Testament.

1. Bei dem schriftlichen Testament legt der Testator seinen letzten Willen in eine Urkunde nieder. Material, Sprache, Schrift der Urkunde sind gleichgiltig, nur Zeichenschrift ist verboten[22]. Gleichgiltig ist es auch, von wessen Hand die Urkunde geschrieben ist; hat sie jedoch der Testator geschrieben, und dies selbst darin vermerkt (test. holographum), so braucht er sie nicht zu unterschreiben[23], jede andere Urkunde (test. allographum) muß er unterschreiben. Durchstreichungen, Ueberschreibungen schaden nichts[24]. Datirung der Urkunde ist nicht erforderlich. — Diese Urkunde faßt nun der Testator entweder in Gegenwart der Testamentszeugen ab, oder, da er dies gewöhnlich schon früher gethan, so zeigt er sie den Testamentszeugen vor, unterschreibt sie selbst (wenn dies erforderlich ist), und läßt sie von den Zeugen unterschreiben und (mit eigenem oder fremdem Siegel)[25] untersiegeln[26]. Erst wenn alle diese Förmlichkeiten bei Lebzeiten und unter fortdauernder Testirfähigkeit des Erblassers vollzogen sind, ist das Testament errichtet (test. perfectum). — Historisch zu bemerken ist, daß bei den Römern die Zeugen das Testament versiegelten (um es zu verschließen) und dem Siegel ihren Namen beisetzten[27]; in späterer Zeit mußten sie es zugleich unterschreiben[28], so daß superscriptio, subscriptio

---

[15] Zwischen l. 20. § 2. D. h. t. 28, 1 und § 9. I. h. t. 2, 10; Gai. 2, 106. — [16] Nov. 90. c. 1. — [17] Deutsches Strafgesetzbuch § 34. Nr. 5. — [17a] l. 27. D. h. t. 28, 1. Diese Lex gab Anlaß zu den Bezeichnungen quaestio Domitiana und responsum Celsinum. — [18] l. 1. C. h. t. 6, 23; § 7. I. h. t. 2, 10. — [19] l. 21. pr. C. h. t. 6, 23; Notariats-O. v. 1512. § 7. — [20] l. 21. § 3. D. h. t. 28, 1; § 3. I. h. t. 2, 10. — [21] l. 28. pr. C. h. t. 6, 23; Notariats-O. v. 1512. §§ 7. 9. — [22] l. 1. pr. l. 4. D. de b. p. s. t. 37, 11; l. 6. § 2. D. de b. p. 37, 1; § 12. I. h. t. 2, 10; l. 15. C. h. t. 6, 23. — [23] l. 28. § 1. C. h. t. 6, 23. — [24] l. 12. C. h. t. 6, 23. — [25] l. 22. § 2. D. h. t. 28, 1; § 5. I. h. t. 2, 10. — [26] l. 21. C. h. t. 6, 23; § 3. I. h. t. 2, 10; Notariats-O. v. 1512. § 7. — [27] l. 22. § 4. l. 30. D. h. t. 28, 1; l. 12. C. h. t. 6, 23. — [28] § 3. I. h. t. 2, 10.

und obsignatio erforderlich war; nach der modernen Praxis setzen die Zeugen ihr Siegel neben ihre Unterschrift (es erfolgt also bloß subscriptio und subsignatio), doch ist etwaige Ueberschrift nebst Versiegelung ebenso giltig.

2. Bei dem mündlichen Testament (sog. test. nuncupativum) muß der Testator seinen letzten Willen den Testamentszeugen vernehmlich und verständlich durch Worte oder Zeichen erklären[29]; sobald der Testator sämmtliche Erben ernannt hat, ist das Testament errichtet (test. perfectum)[30]. Es pflegen die Testamentszeugen über die Erklärungen des Testator des Beweises halber eine Urkunde aufzunehmen (sog. test. nuncupativum in scripturam redactum); deren Anfertigung hat auf die Errichtung des Testaments keinen Einfluß.

b. § 394. Außerordentliche Privattestamente.

Vangerow, §§ 444. 445. 462—466.

I. Mit vermehrten Solennitäten (sog. qualificirte Testamente).

1. Bei dem Testament eines Blinden[1] muß außer den sieben Testamentszeugen noch ein Notar oder, falls ein solcher nicht zu haben ist, ein achter Zeuge zugezogen werden. Ueberdies sind die Formen des schriftlichen und mündlichen Testaments zu vereinigen; legt daher der Testator eine Urkunde den Zeugen als sein Testament vor, so ist erforderlich, daß die Urkunde vorgelesen und vom Testator genehmigt werde; erkärt er seinen letzten Willen mündlich, so ist erforderlich, daß das Erklärte vom Notar oder vom achten Zeugen in eine Urkunde niedergeschrieben werde. Hierauf ist die Urkunde von den sieben Zeugen und dem Notar resp. dem achten Zeugen zu unterschreiben und zu untersiegeln.

2. Wenn Derjenige, welcher nicht schreiben kann (es sei aus Unkunde oder aus Krankheit), schriftlich testiren will, so muß ein achter Zeuge zugezogen werden, welcher das Testament an Stelle des Testator unterschreibt[2]. (Sog. test. analphabetae.)

II. Mit verminderten Solennitäten (sog. privilegirte Testamente).

1. Testamentum militare[3]. Soldaten konnten nach vorjustinianischem Rechte ohne irgend welche Solennitäten (formlos) testiren[4], nach einer Justinianischen Verordnung konnten sie dies bloß während eines Feldzuges[5]. Nach der Notariatsordnung von 1512 § 2 konnte der Soldat während eines Gefechts formlos testiren, außerhalb des Gefechts aber während eines Feldzuges mußte er zwei Zeugen (Testamentszeugen) zuziehen; außerhalb des Feldzuges mußte er die Testamentsformen wie ein Nichtsoldat beobachten. Das Soldatentestament verlor bei der schimpflichen Entlassung des Testator sofort seine Giltigkeit, bei der ehrenvollen

---

[29] l. 21. § 2. l. 26. l. 29. C. h. t. 6, 23; l. 21. pr. D. h. t. 28, 1; § 14. I. h. t. 2, 10. — [30] l. 25. D. h. t. 28, 1.

[1] l. 8. C. qui test. fac. 6, 22; Notariats-O. v. 1512. § 9. — [2] l. 21. pr. l. 28. § 1. C. h. t. 6, 23; Notariats-O. v. 1512. § 7. — [3] t. D. 29, 1; t. C. 6, 21: de testamento militis; t. I. 2, 11: de militari testamento. — [4] pr. § 3. I. h. t. 2, 11; l. 17. C. h. t. 6, 21. — [5] pr. I. h. t. 2, 11.

Entlassung desselben blieb es noch ein Jahr lang giltig[6]. Auch die sog. Nichtcombattanten konnten militärisch testiren, und ihr Testament galt, falls sie in ihrem Berufe starben[7]. Alle diese Bestimmungen sind durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt und an ihre Stelle folgende Vorschriften gesetzt worden. Das Recht, militärisch zu testiren, haben in Kriegszeiten oder während eines Belagerungszustandes Officiere, Aerzte, Militärbeamte, Mannschaften und Civilbeamte der Militärverwaltung, ferner die bei dem kriegführenden Heer in irgend einem Dienst- oder Vertragsverhältniß befindlichen oder sonst sich bei demselben aufhaltenden oder ihm folgenden Personen, ferner ausländische Officiere, welche zu dem kriegführenden Heere zugelassen sind, ferner Kriegsgefangene. Die Form des militärischen Testaments ist eine dreifache; a) entweder muß es vom Testator eigenhändig ge- und unterschrieben werden; b) oder es muß vom Testator eigenhändig unterschrieben und von zwei Beweiszeugen oder einem Auditeur oder Officier mitunterzeichnet werden; c) oder es muß von einem Auditeur oder Officier unter Zuziehung zweier Beweiszeugen oder noch eines Auditeurs oder Officiers über die mündliche Erklärung des Testator ein schriftliches Protokoll aufgenommen, und dieses dem Testator vorgelesen, sowie von dem Auditeur oder Officier und den Zeugen, resp. von den Auditeuren oder Officieren unterschrieben werden. Das militärische Testament verliert seine Giltigkeit mit dem Ablauf eines Jahres von dem Tage ab, an welchem der Truppentheil, zu dem der Testator gehört, demobil gemacht ist, oder der Testator aufgehört hat, zu dem mobilen Truppentheil zu gehören, oder als Kriegsgefangener oder Geißel aus der Gewalt des Feindes entlassen ist. — Das Reichsmilitärgesetz a. a. O. bestimmt, daß das einzige Vorrecht der Militärpersonen in Bezug auf Testamente darin bestehen soll, daß sie von der Beobachtung der regelmäßigen Testamentsformen frei sind; es beseitigt also sämmtliche übrige Privilegien der Soldaten in Bezug auf Testamente.

2. Sog. test. pestis tempore conditum[8]. Dieses Testament ist in einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian anerkannt, deren Inhalt streitig ist. Nach der einen Meinung wird vorausgesetzt, daß der Testator von einer ansteckenden Krankheit ergriffen ist: die Zeugen brauchen alsdann nicht unmittelbar in seiner Nähe das Testament zu unterschreiben resp. zu untersiegeln. Nach einer zweiten Meinung wird vorausgesetzt, daß an einem Orte eine ansteckende Krankheit herrscht: die Zeugen brauchen alsdann nicht zusammenzukommen, sondern sie können jeder allein mit dem Testator verkehren. Die zweite Meinung ist dem Wortlaut der Verordnung entsprechend und durch innere Gründe gerechtfertigt.

3. Sog. test. ruri conditum[9]. Bei einem Testament, das auf dem Lande errichtet werden soll, genügen im Nothfall fünf Zeugen. Wird das Testament schriftlich errichtet, und können nicht alle Zeugen

---

[6] l. 21. l. 26. D. h. t. 29, 1; l. 5. C. h. t. 6, 21; § 3. I. h. t. 2, 11. — [7] l. 44. D. h. t. 29, 1; l. un. pr. D. de b. p. ex test. mil. 37, 13. — [8] l. 8. C. h. t. 6, 23. — [9] l. 31. C. h. t. 6, 23; Notariats-O. v. 1512. § 2.

schreiben, so können die Schreibkundigen für die Unkundigen unterschreiben; doch müssen alsdann die Zeugen mit dem Inhalt des Testaments bekannt gemacht und nach dem Tode des Testator eidlich darüber verhört werden.

4. Sog. test. parentum inter liberos[10]. Ein Testament, worin ein Ascendent bloß seine Descendenten zu Erben einsetzt, bedarf keiner Zeugenzuziehung; es genügt nach Römischem Rechte ein schriftlicher Aufsatz, in welchem der Testator die Namen der eingesetzten Descendenten, ihre Erbtheile (und zwar mit Buchstaben, nicht mit Zahlen) und das Datum eigenhändig schreibt; die Unterschrift des Testator ist nicht erforderlich. Nach der Notariatsordnung von 1512 § 2 kann das Testament auch mündlich vor zwei Zeugen errichtet werden. Fremde Personen können darin nicht zu Erben eingesetzt werden; auch Vermächtnisse an sie gelten nicht, außer wenn fünf Zeugen (§ 439 Note 4) zugezogen worden sind. Dahingegen ist es gestattet, eine Enterbung von Kindern darin vorzunehmen. Ein solches Testament ist nur zulässig, falls der Testator vorher kein regelmäßiges Testament gemacht hat; auch kann es durch ein neues test. parentum int. lib. nicht aufgehoben werden. — Verschieden davon ist die sog. divisio parentum inter liberos[11], d. h. eine Vertheilung der einzelnen Stücke des dereinstigen Nachlasses unter die Descendenten; durch eine solche wird nicht die Person der Erben noch der Umfang der Erbtheile bestimmt, sondern beides gilt als bereits anderweitig (durch Testament oder Gesetz) bestimmt; die Divisio verlangt einen schriftlichen von dem testirenden Ascendenten oder von den Descendenten unterschriebenen Aufsatz.

5. Sog. test. ad pias causas. Letztwillige Verfügungen zu Gunsten von Kirchen bedürfen nach Canonischem Rechte[12] bloß der Zuziehung von zwei Zeugen; die Praxis hat dies auf Verfügungen zu Gunsten milder Stiftungen ausgedehnt.

2) § 395. Oeffentliche Testamente.

Vangerow, § 447.

Unter öffentlichen Testamenten versteht man solche, bei deren Errichtung staatliche Organe mitwirken. Es gibt deren zwei: das sog. test. iudiciale und das sog. test. principi oblatum, welche beide aus der römischen Kaiserzeit stammen; das Canonische Recht[1] hatte ein drittes vor Pfarrer und Zeugen zu errichtendes eingeführt; indeß ist dieses nicht durch die Praxis recipirt worden.

I. Sog. test. iudiciale[2]. Nach Römischem Rechte kann es bloß in der Weise errichtet werden, daß der Testator bei irgend einem Gerichte seinen letzten Willen zu Protocoll erklärt; das Protocoll wird im Gerichtsarchiv aufbewahrt. Nach heutiger Praxis hat man die Wahl zwischen der Erklärung zu Protocoll (sog. test. apud acta conditum) und der Uebergabe einer Urkunde an ein Gericht (sog. test. iudici oblatum); die Ur-

---

[10] l. 21. § 3. C. h. t. 6, 23; Nov. 107. cc. 1. 2. — [11] l. 20. § 3. D. f. erc. 10, 2; l. 16. l. 21. C. eod. 3, 36; Nov. 18. c. 7; Nov. 107. c. 3. — [12] c. 4. c. 11. X. de test. 3, 26.

[1] c. 10. X. de test. 3, 26. — [2] l. 18. l. 19. C. h. t. 6, 23.

kunde braucht vom Testator weder unterschrieben noch untersiegelt zu sein; über den Act der Uebergabe der Urkunde ist ein Protocoll aufzunehmen.

II. Sog. test. principi oblatum[3]. Nach Römischem Rechte kann es nur durch Uebergabe des schriftlich abgefaßten letzten Willens an den Fürsten errichtet werden; heute hält man auch eine mündliche Erklärung vor dem Fürsten für hinreichend.

C. Die Erbeinsetzung.

t. D. XXVIII, 5; t. I. II, 14: de heredibus instituendis. — t. C. VI, 24: de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt.

1) § 396. Der Wille des Erblassers.

Vangerow, §§ 431—434.

Die Erbeinsetzung steht ihrer materiellen Seite nach unter folgenden Vorschriften:

I. Die Erbeinsetzung soll den Willen des Erblassers enthalten; deshalb ist nichtig

1. Eine Erbeinsetzung derart, daß ein Dritter die Person des Erben bestimmen soll („illi heredes mihi sunto, quos Titius voluerit")[1]; auch die Ernennung einer bestimmten Person unter der Bedingung, daß ein Dritter zustimmt, ist nichtig („Gaius heres esto, si Titius voluerit")[2], giltig hingegen unter der Bedingung, daß ein Dritter eine in sein Belieben gestellte Handlung vornehme („Gaius heres esto, si Titius in capitolium ascenderit"[3], vgl. hiezu § 52 Note 12. 13); Ulpian freilich hielt auch die Einsetzungsformel „Gaius heres esto, si Titius voluerit" für giltig[4]; die Bemühungen der Neueren, diese Antinomie zu erklären, sind bisher vergeblich geblieben. — Im Mittelalter bildete sich namentlich unter den Geistlichen die Gewohnheit, die Vertheilung ihres Nachlasses dem Gutbefinden eines Anderen (manufidelis, Salmann, Treuhänder) zu überlassen; diese Gewohnheit ward im Canonischen Rechte anerkannt[5], sie ist aber in späterer Zeit geschwunden, so daß jetzt die Grundsätze des Römischen Rechtes überall gelten.

2. Ferner ist nichtig eine Erbeinsetzung, welche dem Willen des Testator deshalb nicht entspricht, weil sie durch wesentlichen Irrthum oder durch physische Bewältigung des Testator herbeigeführt wurde[6] (§ 50). Ist hingegen der Testator durch Irrthum im Motiv oder Betrug zu einer anderen Erbeinsetzung bewogen worden, als welche er ohne solche Einflüsse angeordnet hätte, so verliert, wenn er ein untergeschobenes Kind zum Erben ernannte, der Eingesetzte als Indignus die Erbschaft an den Fiscus[7] (§ 426 Note 32); in den übrigen Fällen des Irrthums und Betruges kann Derjenige, welcher ohne solche Einflüsse zur Erbschaft (durch Gesetz oder ein früheres Testament) berufen worden wäre, die Erbeinsetzung anfechten und selbst die Erbschaft beanspruchen (§ 51 unter I. 1. 2), doch muß er die im Testament aus-

---

[3] l. 19. C. h. t. 6, 23.

[1] l. 32. pr. D. h. t. 28, 5. — [2] l. 68. D. h. t. 28, 5. — [3] l. 52. D. de cond. 35, 1. — [4] l. 43. § 2. D. de leg. 1. (30); l. 1. pr. D. de leg. 2. (31). — [5] c. 13. X. de test. 3, 26. — [6] l. 9. pr. D. h. t. 28, 5; l. 3. D. de reb. dub. 34, 5. — [7] l. 46. pr. D. de j. f. 49, 14; l. 4. C. h. t. 6, 24.

gesetzten Vermächtnisse tragen [8]. Gleichfalls anfechtbar ist die Erbeinsetzung, wenn die Erbeinsetzung durch Drohungen (metus) erzwungen worden ist, (§ 51 unter II.) — ein Fall, welcher in den Quellen nicht behandelt wird; es wollen übrigens Einige die erzwungene Erbeinsetzung als nichtig, Andere den Eingesetzten als Indignus betrachtet wissen; aber die Ansicht, daß die erzwungene Erbeinsetzung anfechtbar sei, entspricht allein den allgemeinen Grundsätzen des § 51 [9]. — Ist Jemand durch Drohungen oder durch physische Bewältigung von Errichtung oder Veränderung eines Testamentes abgehalten worden, so verliert der Gewaltthätige, wenn er später zur Erbschaft berufen werden sollte, seinen Erbtheil als Indignus an den Fiscus [10]; der Fiscus muß die Vermächtnisse tragen, welche dem Gewaltthätigen im Testament auferlegt waren [11], außer wenn der Erblasser auch diese Vermächtnisse zurücknehmen wollte [12].

3. Um Dispositionen, welche dem Willen des Erblassers nicht entsprechen, möglichst zu verhindern, ist durch das sct. Libonianum (a. u. 769) und andere sich anschließende Gesetze verordnet worden, daß Verfügungen (Erbeinsetzungen wie Vermächtnisse) zu Gunsten des Schreibers des Testaments nichtig sein sollen, außer wenn der Testator selbst sie eigenhändig durch einen Zusatz im Testament bestätigt, sowie wenn der Schreiber der einzige Intestaterbe des Testator ist [13].

II. Die Erbeinsetzung darf nicht in sich unsittlich sein, noch unsittliche Ziele verfolgen, daher ist nichtig

1. Die Einsetzung eines Kindes, welches der Testator mit einer Frau erzeugen werde, welche er überhaupt nicht oder deshalb, weil sie zur Zeit mit einem Anderen verheirathet ist, nicht heirathen kann [14].

2. Die captatorische Einsetzung [15], d. h. eine Einsetzung unter der Bedingung, daß der Eingesetzte oder ein Dritter den Einsetzenden selbst oder einen Dritten zum Erben einsetzen werde; denn es ist unsittlich, die Erbeinsetzung dazu zu benutzen, um sich oder einem Dritten ein fremdes Vermögen zu verschaffen. Gleiches gilt von captatorischen Vermächtnissen [16]. — Die sog. captirte Disposition (d. h. diejenige Verfügung, welche der mit der captatorischen Disposition Bedachte trifft) ist giltig.

3. Die Einsetzung des Regenten litis causa [17], d. h. Jemand, der in einen Proceß verwickelt ist, setzt in der Absicht, seinem Gegner einen mächtigen Widersacher zu verschaffen, den Regenten zum Erben ein.

4. Nach vorjustinianischem Rechte gehörte hierher auch die Ungiltigkeit der poenae nomine relicta [18], d. h. ungiltig war die Einsetzung eines Miterben, sowie die Hinterlassung eines Vermächtnisses, welche unter der Bedingung angeordnet waren, daß der eingesetzte Erbe eine Auflage nicht

---

[8] l. 92. D. h. t. 28, 5; l. 28. D. de inoff. 5, 2. — [9] cf. l. 1. C. h. t. si quis aliqu. test. 6, 34. — [10] l. 1. § 2. l. 2. § 1. D. si quis al. test. 29, 6; l. 19. D. de his quae ut. ind. 34, 9. — [11] l. 2. § 2. D. si quis al. test. 29, 6; l. 3. § 5. D. ad sct. tr. 36, 1. — [12] l. 19. D. de his quae ut. ind. 34, 9. — [13] l. 1. § 8. l. 5. l. 10. l. 11. l. 14. l. 15. l. 17. l. 18. l. 22. D. de l. Corn. de fals. 48, 10; t. C. 9, 23: de his qui sibi adscribunt in testamento. — [14] l. 9. §§ 1. 3. 4. D. de lib. et post. 28, 2; § 28. I. de leg. 2, 20. — [15] l. 70. l. 71. l. 81. § 1. D. h. t. 28, 5; l. 1. D. de his quae pro non scr. 34, 8. — [16] l. 64. D. de leg. 1. (30). — [17] l. 91. D. h. t. 28, 5; § 8. I. quib mod. test. inf. 2, 17. — [18] Gai. 2, 235. 243; Ulp. fr. 24, 17; § 36. I. de leg. 2, 20.

vollziehen sollte, um ihn für diesen Ungehorsam zu strafen; der Grund der Ungiltigkeit lag darin, daß das poenae nomine relictum nicht aus Wohlwollen gegen den Bedachten, sondern aus Mißwollen gegen den eingesetzten Erben angeordnet worden war. Justinian[19] erklärte die poenae nomine relicta für giltig, außer wenn dadurch Jemand dafür bestraft werden soll, daß er etwas Unmögliches, Gesetzwidriges, Unsittliches unterläßt.

2) § 397. Die Willenserklärung.

Vangerow, §§ 449. 433.

Die Erbeinsetzung muß in unzweideutiger Weise erklärt werden. Zweideutig ist die Erklärung, wenn sie auf mehrere Personen in ganz gleicher Weise paßt[1]; in einem solchen Falle ist die Erbeinsetzung nichtig. Hingegen bloße Undeutlichkeit, welche durch Auslegung gehoben werden kann, schadet nicht[2]. Im Uebrigen kann (seit der nachconstantinischen Zeit)[3] die Erbeinsetzung mit irgend welchen Worten erfolgen: mit lateinischen wie nicht lateinischen, mit directen befehlenden Worten wie mit anderen Redewendungen; in classischer Zeit freilich waren directe befehlende Worte erforderlich, so daß die Worte: si mihi Seius heres non erit, Sempronius heres esto keine giltige Erbeinsetzung des Seius enthielten[4]; mit Unrecht halten viele Juristen auch für die heutige Zeit jene Einsetzungsformel für ungenügend, indem sie die Regel aufstellen: positus in conditione non est positus in dispositione. Das Wort „Erbe" braucht heut nicht angewendet zu werden, vielmehr genügt jede Redeweise, wodurch der Nachlaß als Ganzes oder in Quoten vertheilt hinterlassen wird. Umgekehrt ist das Wort „Erbe" nicht genügend, wenn sich nachweisen läßt, daß der Erblasser es nicht technisch gebraucht hat (vgl. § 400 a. E.). Die Bezeichnung des Einzusetzenden mit seinem Namen ist nicht erforderlich, vielmehr genügt die Angabe sicherer Kennzeichen, nur nicht solcher, welche eine Beschimpfung enthalten[5]. Die Erbeinsetzungserklärung braucht, wenn der Testator schriftlich testirt, nicht den Namen noch die Bezeichnung des Erben zu enthalten, vielmehr kann der Testator auf einen anderen Aufsatz verweisen, welchen er erst später abfassen will, oder welchen er bereits abgefaßt hat (sog. test. mysticum)[6]. Streitig ist es, ob dem Testator, welcher mündlich testirt, eine gleiche Befugniß zusteht; es ist kein Grund vorhanden, sie ihm abzusprechen; die Quellen übergehen die Frage.

3) § 398. Die Person des Einzusetzenden.

Vangerow, §§ 429. 468.

I. Die sog. testamentifactio passiva. Die als Erbe einzusetzende Person muß einsetzungsfähig sein (sie muß testamentifactio

[19] l. un. C. de his quae poen. nom. 6, 41; § 36. I. de leg. 2, 20.

[1] l. 62. § 1. D. h. t. 28, 5; l. 2. D. de his quae pro non scr. 34, 8; l. 73. § 3. D. de r. j. 50, 17. — [2] § 29. I. de leg. 2, 20; l. 48. § 3. D. h. t. 28, 5. — [3] l. 15. l. 21. § 6. C. de test. 6, 23. Ueber das classische Recht s. Gai. 2, 117. 281; Ulp. fr. 21. 25, 9. — [4] l. 19. l. 85. D. h. t. 28, 5; l. 16. § 1. D. de vulg. sub 28, 6. — [5] l. 9. §§ 8. 9. D. h. t. 28, 5. — [6] l. 77. D. h. t. 28, 5; l. 10. D. de cond. inst. 28, 7.

haben, die sog. tf. passiva); bloß der Soldat konnte eine unfähige Person einsetzen[1], indeß ist diese Bestimmung durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt. Die Einsetzungsfähigkeit muß sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung als von der Delation der Erbschaft an bis zum Erwerbe vorhanden sein[2]; nicht nachtheilig ist der Mangel der Einsetzungsfähigkeit in der Zwischenzeit (von der Testamentserrichtung an bis zur Delation)[3]. Die Einsetzung eines Unfähigen ist nichtig; sie wird nicht dadurch giltig, daß der Eingesetzte später fähig wird. Einsetzungsunfähig sind nach heutigem Rechte bloß die überhaupt erbunfähigen (§ 390 unter II. 2); nach altem Civilrechte waren es auch noch die Frauen nach der lex Voconia[3a], die intestabiles (§ 27 Note 4) und die personae incertae[4]. Von letzteren muß hier um des Verständnisses der Quellen halber gehandelt werden; man rechnete dazu

1. Die juristischen Personen; es ist bereits § 360 Note 18. 19 bemerkt, in welchem Maß dies im späteren Rechte abgeändert wurde.

2. Die Postumi, d. h. Diejenigen, welche erst nach der Testamentserrichtung der Gewalt des Testator unmittelbar unterworfen worden sind oder unterworfen worden wären, wenn der Testator länger gelebt hätte. Allein theils durch die Juristen, theils durch specielle Gesetze wurden Schritt für Schritt die einzelnen Arten der postumi sui (namentlich die postumi legitimi, Aquiliani, Velleiani primi, Velleiani secundi, Iuliani seu Salviani) für einsetzungsfähig erklärt[5]. Das prätorische Edict[6] that das Gleiche mit denjenigen Postumi, welche nicht in die Gewalt des Testator fallen (den postumi alieni im Gegensatz zu den postumi sui). Vermächtnisse hingegen (Legate und Fideicommisse) konnten nach vorjustinianischem Rechte bloß den postumi sui hinterlassen werden; erst Justinian stellte ihnen die postumi alieni gleich[7].

3. Personen, welche erst durch einen künftigen Umstand bestimmt werden sollten, z. B. qui primus ad funus meum venerit, quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit; wohingegen es zulässig war, aus einem Kreise bestimmter Personen den Erben durch einen künftigen Umstand bezeichnen zu lassen, z. B. *ex cognatis meis* qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit[8].

Justinian erließ über die incertae personae eine uns verloren gegangene Constitution[9], worin er sie im Princip für einsetzungsfähig erklärte. Auch die Armen und Gefangenen erklärte er für einsetzungsfähig (§ 36 Note 4).

II. Die Capacitas. Von der Einsetzungsfähigkeit zu unterscheiden ist die Erwerbsfähigkeit: gewisse Personen können, trotzdem sie einsetzungs-

---

[1] l. 13. § 2. D. de test. mil. 29, 1; l. 5. C. eod. 6, 21. — [2] l. 49. § 1. D. h. t. 28, 5; § 4. I. de her. qual. 2, 19. — [3] l. 6. § 2. l. 50. pr. l. 59. § 4. D. h. t. 28, 5. — [3a] Gai. 2, 274. — [4] Gai. 2, 238, 242. 287; Ulp. fr. 22, 4; 24, 18; § 25. I. de leg. 2, 20. — [5] Dies ist der Inhalt der berühmten l. Gallus: l. 29. D. de lib. et post. 28, 2; adde: Ulp. fr. 22, 19; l. 6. pr. l. 23. § 1. l. 28. § 1. D. de lib. et post. 29, 2. — [6] Gai. 1, 147; 2, 242; l. 3. D. de b. p. s. t. 37, 11; pr. I. de b. p. 3, 9. — [7] §§ 26. 27. I. de leg. 2, 20. — [8] Gai. 2, 238; Ulp. 22, 4. — [9] l. un. C. de inc. pers. 6, 48 (lex restituta!)

fähig sind, dennoch die Erbschaft überhaupt nicht oder nicht ganz erwerben; sie sind ganz oder theilweis incapaces.

1. Historische Einleitung. Eingeführt wurde das Erforderniß der Capacität durch die l. Iulia et Papia Poppaea unter August behufs Verhütung der Ehe- und Kinderlosigkeit und behufs Belohnung der Fruchtbarkeit. Danach[10] waren Cälibes (d. h. Männer von 25—60, Frauen von 20—50 Jahren) gänzlich erwerbsunfähig, falls sie nicht binnen hundert Tagen nach der Delation heiratheten; Orbi, d. h. verheirathete aber kinderlose Personen waren zur Hälfte erwerbsunfähig; Ehegatten konnten, falls sie keine Kinder hatten, von einander nur ein Zehntel ihres Vermögens und ein Drittel des Nießbrauches am Ueberrest erwerben. Der Erbtheil des Erwerbsunfähigen ward caducum, d. h. er konnte zunächst von den im Testamente zu Erben, sodann von den zu Legataren eingesetzten Männern, welche Kinder hatten (den heredes patres, legatarii patres), in Anspruch genommen werden (caducorum vindicatio); in Ermangelung derselben trat das aerarium populi Romani, später der Fiscus ein[11]. Diese Vorschriften wurden durch Constantin und Theodos II.[12] aufgehoben. Unterdeß hatten andere Gesetze die Caduca erweitert. Nach der l. Iunia Norbana waren die Latini Iuniani erwerbsunfähig, falls sie nicht binnen hundert Tagen nach der Delation das römische Bürgerrecht erwarben[13] (dieser Fall schwand, als Justinian die latinische Freiheit beseitigte)[14]. Domitian erklärte die feminae probrosae (wozu namentlich Schauspielerinnen und Huren gehörten) für erwerbsunfähig[15] (dieser Fall ist durch die gemeinrechtliche Praxis nicht aufgenommen worden). Justinian verordnete: a) der zweite Gatte eines parens binubus kann von demselben nicht mehr erwerben als das geringst bedachte Kind aus dessen erster Ehe (§ 350 unter I. 2)[16]; b) der zweite Gatte einer vorzeitig sich wiederverheirathenden Wittwe kann von ihr höchstens ein Drittel ihres Vermögens erwerben[17]; dieser Fall ist in der Praxis auf Grund einer canonischen Bestimmung[18] außer Anwendung gekommen (§ 351 unter II.); c) wenn Jemand bei seinem Tode rechtmäßige Kinder hinterläßt, so können die Kinder seiner Concubine sammt der letzteren nur ein Zwölftel, die Concubine selbst nur ein Vierundzwanzigstel seines Vermögens erwerben, das Mehr fällt an die rechtmäßigen Kinder[19]; dieser Fall ist, da es kein Concubinat mehr gibt, unanwendbar geworden, doch wollen Viele die betreffenden Bestimmungen auf uneheliche Kinder und deren Mutter übertragen wissen — was unzuläßig ist, einmal weil singuläre Rechtsvorschriften keine Analogie zulassen (§ 13 Note 9) und sodann weil es an der Gleichheit des Grundes fehlt (§ 7 Note 1); denn das Justinianische Gesetz geht von der Voraussetzung aus, daß Jemand seiner Concubine und seinen liberi naturales derartig zugethan ist, daß er ihnen auf Kosten seiner recht-

---

[10] Gai. 2, 111. 144. 286; Ulp. fr. 17, 1; 22, 3; 15, 1—3; 16, 1. — [11] Gai. 2, 206. 207. 286. Ulp. fr. 17, 2. — [12] l. 1. l. 2. C. de inf. poen. coel. 8, 58; cf. l. 27. C. de nupt. 5, 4. — [13] Gai. 1, 23. 24; 2, 110. 275; Ulp. fr. 17, 1; 22, 3. 25, 7. — [14] l. un. C. de lat. lib. toll. 7, 6. — [15] l. 41. § 1. D. de test. mil. 29, 1; l. 23. C. de nupt. 5, 1. — [16] l. 6. l. 10. C. de sec. nupt. 5, 9; Nov. 22. cc. 27. 28. — [17] l. 1. l. 2. C. de sec. nupt. 5, 9; Nov. 22. c. 22. — [18] c. 4. c. 5. X. de sec. nupt. 4, 21. — [19] Nov. 89. c. 12.

mäßigen Kinder einen bedeutenden Erbantheil hinterläßt; diese Voraussetzung trifft aber bei der Geschwängerten und den unehelichen Kindern nicht zu.

2. Heutiges Recht. Es existirt heut nur Ein Fall der Erwerbsunfähigkeit: dem parens binubus gegenüber ist dessen zweiter Ehegatte über denjenigen Betrag hinaus, welcher dem mindest bedachten Kinde erster Ehe zugewendet worden ist, erwerbsunfähig. — Das Erforderniß der Erwerbsfähigkeit unterscheidet sich von dem der Erbeinsetzungsfähigkeit dadurch, daß jene nicht zur Zeit der Testamentserrichtung, sondern bloß von der Delation bis zur Acquisition der Erbschaft vorhanden zu sein braucht[20]; ferner dadurch, daß jene nur dann erforderlich ist, wenn der Eingesetzte durch den Erwerb der Erbschaft etwas gewinnt, nicht also wenn die Erbschaft insolvent ist, sowie wenn sie von dem Eingesetzten einem Anderen herausgegeben werden soll[21].

4) Der Umfang der Erbeinsetzung.

a. § 399. Die Theilbestimmungen.

Vangerow, § 449.

Der Testator kann Einen oder Mehrere zu Erben einsetzen; er kann, wenn er Mehrere einsetzt, Bruchtheile (Quoten) angeben, nach welchen sich diese in den Nachlaß theilen sollen.

I. Setzt der Testator Einen zum Erben ein, so ist dieser aufs Ganze eingesetzt (heres ex asse institutus), mag der Erblasser dies ausdrücklich angeordnet, oder ihn schlechthin zum Erben eingesetzt, oder selbst eine Theilbestimmung hinzugefügt haben[1]; denn im letzten Falle gilt der Grundsatz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest (§ 390 N. 8). Nur der Soldat durfte über einen Theil giltig testiren, und der nicht vertheilte Rest kam an die Intestaterben (§ 390 Note 9), allein diese Bestimmung ist durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt.

II. Setzt der Testator Mehrere zu Erben ein und zwar, ohne Theilbestimmungen hinzuzufügen, so gelten sie in der Regel als zu gleichen Theilen eingesetzt[2]. Verbindet jedoch der Testator neben einigen Personen Andere in Einem Satz (re et verbis coniuncti), sei es, daß er sie zugleich mit einer gemeinsamen Bezeichnung zusammenfaßt (z. B. Primus et *fratris mei filii* heredes sunto)[3], oder nicht (z. B. Titius heres esto; *Seius et Maevius heredes sunto*)[4], so gelten letztere als Eine Person und erhalten nur Einen Erbtheil. Ebenso wenn der Testator mehrere Personen zwar in verschiedenen Sätzen, aber auf denselben Erbtheil einsetzt (re coniuncti, z. B. Titius heres esto, Seius heres esto; *ex qua parte Seium instituti, ex eadem Sempronius*

---

[20] l. 11. D. de vulg. s. 28, 6; l. 82. D. de a. h. 29, 2; l. 52. D. de leg. 2. (31). — [21] l. 72. D. h. t. 28, 5; l. 42. D. de leg. 2. (31); l. 28. D. de leg. 3. (32).

[1] § 5. I. h. t. 2, 14. — [2] l. 9. § 12. l. 35. pr. i. f. D. h. t. 28, 5; § 6. I. h. t. 2, 14. — [3] l. 13. pr. D. h. t. 28, 5; l. 11. C. de imp. 6, 26. — [4] l. 59. § 2. D. h. t. 28, 5; l. 142. D. de v. s. 50, 16.

heres esto)[5]. — Setzt der Testator Sämmtliche auf Theile ein, und diese erschöpfen das Ganze nicht, so fällt der nicht vertheilte Rest an die Eingesetzten nach Verhältniß ihrer Erbtheile[6]; denn nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest; bloß bei dem Testamente des Soldaten erhielten nach Römischem Rechte die Intestaterben den nicht vertheilten Rest, indeß ist diese Bestimmung durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt. Ueberschreiten die Erbtheile das Ganze, so wird das zuviel Vertheilte den Eingesetzten nach Verhältniß ihrer Erbtheile abgezogen[7]; nur wenn der Testator zuerst Einen auf das Ganze, darauf einen Anderen auf einen Theil eingesetzt hat, so gilt (nach einer Entscheidung Justinians[8]; die classischen Juristen stritten hierüber) die zweite Disposition als Beschränkung der ersteren, und der auf das Ganze Eingesetzte erhält nur den Rest. — Setzt der Erblasser Einige auf Theile, Andere ohne solche ein, so erhalten Letztere, wenn die Theile das Ganze nicht erschöpfen, den nicht vergebenen Theil des Nachlasses[9]; überschreiten die Theile das Ganze, so werden sie halbirt, nöthigenfalls gedrittelt u. s. w. (in alium assem venire, ex asse fit dupondium, tripondium u. s. w.), bis ein Rest entsteht; dieser fällt an die ohne Theile Eingesetzten[10]. Gleiches gilt, wenn die angeordneten Theile das Ganze gerade erschöpfen: die ohne Theile Eingesetzten erhalten die Hälfte des Nachlasses, außer wenn sie ausdrücklich auf den Rest eingesetzt sind, denn dann ist ihre Einsetzung ein bloßer Scherz[11].

Zum Verständniß der Quellen ist zu erwähnen, daß die Römer das Ganze as nennen und es in zwölf unciae theilen; mehrere Unzen vereinigt heißen von zwei bis elf aufwärts: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx.

b. § 400. Die sog. heredis institutio ex re certa.

Neuner, die heredis institutio ex re certa. 1853. — Padeletti, Lehre von der Erbeinsetzung ex certa re. 1870. — Kuntze, über die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlaßstücke. 1875. — Schwing, zur L. v. d. heredis institutio ex re certa. 1875. — Vangerow, § 449.

Ihrem Begriffe gemäß ist die Erbeinsetzung eine Berufung auf den Nachlaß als Ganzes oder auf eine Quote desselben; die Einsetzung eines Erben auf einen bestimmten Nachlaßgegenstand (z. B. es ernennt Jemand den Einen zum Erben auf die res italicae, den Anderen auf die res provinciales)[1] ist ungenügend, denn oft erschöpft sie nicht einmal die erbschaftlichen Activa, und jedenfalls besagt sie nicht, wie es mit den Schulden gehalten werden solle. Erfolgt nun eine derartige Erbeinsetzung, so ist es die Aufgabe der Interpretation, der Anordnung des Erblassers einen solchen Sinn zu geben, daß sowohl die Anforderungen

---

[5] l. 15. pr. D. h. t. 28, 5; l. 142. D. de v. s. 50, 16. — [6] l. 13. § 3. l. 78. § 1. D. h. t. 28, 5; §§ 5. 7. I. h. t. 2, 14. — [7] l. 13. §§ 4—7. l. 15. § 1. l. 47. § 1. D. h. t. 28, 5; § 7. I. h. t. 2, 14. — [8] l. 23. pr. C. de leg. 6, 37. — [9] l. 17. pr. l. 77. l. 78. § 2. D. h. t. 28, 5; § 6. I. h. t. 2, 14. — [10] l. 17. §§ 2—5. l. 18. l. 20. § 1. l. 53. l. 78. § 2. l. 88. D. h. t. 28, 5; §§ 6. 8. I. h. t. 2, 14. — [11] l. 17. § 3. l. 78. § 3. l. 79. D. h. t. 28, 5.

[1] . 35. D. h. t. 28, 5.

des Rechtes als der Wille des Testator gewahrt werden; die Anforderung des Rechts ist, dem Nachlaß einen wahren Erben zu verschaffen, welcher ebensosehr die Activa wie die Passiva des Nachlasses zu vertreten hat; der Wille des Testator verlangt, daß diesem Erben womöglich nicht mehr zukomme, als die certa res, auf welche er eingesetzt worden ist.

I. Der von einem Nichtsoldaten auf einen bestimmten Gegenstand zum Erben Eingesetzte gilt als schlechthin zum Erben eingesetzt, allein er muß sich vielfach mit dem vom Testator bezeichneten Gegenstand begnügen:

1. Ist ein Einziger auf einen bestimmten Gegenstand zum Erben eingesetzt, so gilt er zwar als auf den ganzen Nachlaß eingesetzt[2]; geht aber aus dem Testament hervor, zu wessen Gunsten der Testator den Eingesetzten auf den bestimmten Gegenstand beschränken wollte, so ist ein Universalfideicommiß vorhanden, und es muß der Eingesetzte als Universalfiduciar den ganzen Nachlaß, abgesehen von dem ihm zugewiesenen Gegenstand (hinsichtlich dessen er die Stelle eines Vermächtnißnehmers erhält) an den Begünstigten als Universalfideicommissar herausgeben (§ 454); so wenn Jemand ein zweites Testament errichtet, in welchem er das erste Testament bestätigt, zugleich aber einen neuen Erben auf einen gewissen Gegenstand einsetzt[3].

2. Werden Mehrere und zwar Jeder auf einen bestimmten Gegenstand eingesetzt, so gelten sie sämmtlich (ohne Rücksicht auf den Werth der ihnen zugewiesenen Sachen) als schlechthin, also zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzt[4]; aber den ihm zugewiesenen Gegenstand empfängt ein Jeder, soweit er nicht Erbe ist, als Prälegat[5] (§ 438 Note 8 ff.). Erhellt überdies zu wessen Gunsten der Testator die Eingesetzten auf gewisse Gegenstände beschränken wollte, so wird es hinsichtlich des übrigen Nachlasses wie bei 1. gehalten.

3. Sind Einige schlechthin oder auf Theile, neben ihnen Andere auf bestimmte Gegenstände zu Erben eingesetzt, so gelten letztere nach der herrschenden Meinung als schlechthin zu Miterben eingesetzt[6], allein sie müssen, abgesehen von den ihnen zugewiesenen Gegenständen (hinsichtlich welcher sie die Stelle von Vermächtnißnehmern erhalten) ihren Erbtheil als Universalfideicommiß an die Miterben herausgeben[7]; als Miterben genießen sie das Accrescenzrecht, sie haben Anspruch auf die Falcidische Quart[8], ihre Einsetzung gilt als den Vorschriften des formellen Notherbrechts (§§ 413. 414) entsprechend[9]. Justinian hat aber ihre Miterbenqualität bedeutend eingeschränkt, indem er verordnete[10], daß sie gegenüber dritten Personen (d. h. gegenüber den Gläubigern und Schuldnern der Erbschaft, den Besitzern von Erbschaftssachen) nicht die Rechte von Erben haben sollen; daher sieht eine verbreitete Meinung sie überhaupt nicht als Erben, sondern

---

[2] l. 1. § 4. D. h. t. 28, 5; l. 41. § 8. D. de vulg. s. 28, 6. — [3] l. 29. D. ad sct. treb. 36, 1; § 3. I. qu. m. test. inf. 2, 17; cf. l. 69. pr. D. de leg. 2. (31). — [4] l. 9. § 13. l. 10. l. 35. § 2. l. 78. pr. D. h. t. 28, 5. — [5] l. 35. § 1. l. 78. pr. D. h. t. 28, 5. — [6] l. 1. C. Greg. de fam. erc.; Nov. 107. c. 1; Nov 115. c. 5. — [7] l. 69. pr. D. de leg. 2. (31). — [8] l. 29. D. ad sct. treb. 36, 1. — [9] l. 19. i. f. D. de lib. et post. 28, 2; Nov. 115. c. 5. — [10] l. 13. C. h. t. 6, 24.

bloß als Vermächtnißnehmer an und leugnet die bei N. 8. 9 dargestellten Grundsätze.

II. Obige Grundsätze gelten bei dem Soldatentestament nur theilweis: zwar wird die Erbeinsetzung auf einen bestimmten Gegenstand auch hier als Erbeinsetzung schlechthin angesehen[11], aber der Eingesetzte muß sich stets mit dem ihm zugewiesenen Gegenstand begnügen, der übrige Nachlaß fällt in den Fällen I. 1. 2. stets an die Intestaterben[12], in dem Falle I. 3. an die Miterben, wenn aber diese nicht auf das Ganze instituirt sind, so fällt der Ueberrest an die Intestaterben.

Von obigen Grundsätzen des Römischen Rechtes sind die sub II, soweit sie Besonderheiten des Soldatentestaments enthalten, durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt; aber auch von den sub I. ist heutzutage nur mit großer Vorsicht Gebrauch zu machen; denn nach römischem Sprachgebrauch ist mit dem Worte „heres" stets die Bedeutung eines Universalsuccessor verbunden, während unter dem „Erben" nach dem heutigen vulgären Sprachgebrauch ebensosehr der Erbe im juristisch-technischen Sinne als der Vermächtnißnehmer verstanden wird; nur wenn der Testator das Wort „Erbe" im juristisch-technischen Sinne gebraucht, finden die römischen Regeln heut Anwendung; wenn dies nicht der Fall, so ist heutzutage die „Erbeinsetzung auf eine bestimmte Sache" ein Vermächtniß; letzteres wird sich in dem oben bei I. 3 erörterten Fall mit Sicherheit annehmen lassen.

5) § 401. Nebenbestimmungen der Erbeinsetzung.

t. D. XXVIII, 7: de condicionibus institutionum. — t. C. VI, 25: de institutionibus et substitutionibus sub condicione factis. — Vangerow, §§ 434—438.

I. Die Erbeinsetzung unter einer Bedingung.

1. Zulässigkeit der Bedingungen bei Erbeinsetzungen. Es ist bereits § 58 Note 5, § 57 Note 12. 13, § 58 Note 21 bemerkt, 1) daß die Erbeinsetzung in der Regel nicht unter einer Resolutivbedingung geschehen darf, und daß die hinzugefügte Resolutivbedingung als nicht geschrieben gilt (daher das Rechtssprichwort der Neueren: semel heres semper heres); nur im Soldatentestament konnte ein Erbe unter einer Resolutivbedingung eingesetzt werden[1], und bei ihrer Erfüllung wurde dem etwaigen Substituten oder, falls es daran fehlte, dem Intestaterben die Erbschaft deferirt, jedoch ist diese Bestimmung durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt; — 2) daß die unmögliche, unerlaubte, lächerliche Bedingung, welche einer Erbeinsetzung hinzugefügt wird, als nichtgeschrieben gilt, wohingegen die Hinzufügung einer perplexen Bedingung die Erbeinsetzung selbst nichtig macht. Hier ist noch zu bemerken, daß die condicio iurisiurandi (d. h. die Bedingung, der Eingesetzte solle schwören, etwas zu thun) nach dem prätorischen Edict in einen Modus verwandelt wird[2], d. h. dem Eingesetzten ist der Eid erlassen, aber er muß die zu beschwörende Handlung, falls sie möglich und erlaubt,

---

[11] l. 17. pr. D. de test. mil. 29, 1. — [12] l. 6. l. 11. § 2. l. 12. l. 13. pr. D. de test. mil. 29, 1; l. 2. C. eod. 6, 21.

[1] l. 15. § 4. D. de test. mil. 29, 1. — [2] l. 8. D. h. t. 28, 7.

ausführen; denn die Absicht des Testator war nicht sowohl auf das Schwören als auf die Ausführung des zu Beschwörenden gerichtet.

2. Die Wirkung einer hinzugefügten zulässigen Suspensivbedingung besteht darin, daß die Erbschaft dem Eingesetzten erst dann deferirt wird, wenn die Bedingung erfüllt ist[3], vorausgesetzt, daß in diesem Augenblicke der Eingesetzte erbfähig, einsetzungsfähig und erwerbsfähig ist[4] (§ 390 unter II. 2. § 398). Genau genommen kann der Eingesetzte vor der Erfüllung der Bedingung nicht antreten; allein

a. Entsprechend einer Meinung des Q. Mucius Scävola bildete sich der Rechtssatz aus, daß der unter einer condicio non faciendi Eingesetzte die Bedingung erfüllt[5] und die Erbschaft definitiv erwirbt, wenn er unter Bürgenstellung verspricht, daß er die Bedingung halten, entgegengesetzten Falles aber die Erbschaft nebst allen Früchten und Ersatz für allen angerichteten Schaden herausgeben werde[6] (cautio Muciana); vorausgesetzt ist jedoch, daß nach dem vermuthlichen Willen des Testator die Erfüllung der Bedingung nicht abgewartet werden sollte (so bei denjenigen Bedingungen, die erst mit dem Tode des Eingesetzten erfüllt werden können[7], bei der Bedingung, daß der Eingesetzte eine nahverbundene Person nicht verlassen werde[8], daß er einen gewissen Gegenstand nicht veräußern werde[9]; hingegen bei der Bedingung, daß der Eingesetzte eine gewisse Person nicht heirathen werde[10], muß die Erfüllung der Bedingung abgewartet werden). Die Caution muß Demjenigen bestellt werden, welchem die Erbschaft beim Ausfallen der Bedingung deferirt werden würde[11]: dem Substituten, dem Miterben, dem Intestaterben[12]; Einige erkennen bloß den Miterben, Andere den Miterben und den Substituten als cautionsberechtigt an; allein das für diese beschränkende Meinung angeführte Quellenzeugniß[13] handelt von der Einsetzung unter der Bedingung „si servum hereditarium non alienaverit"; diese Bedingung ist, falls der Eingesetzte allein eingesetzt ist, eine negativ unmögliche (§ 52 Note 15. 15a) und die Caution ist überflüssig; die Bedingung ist hingegen eine mögliche, wenn Andere neben ihm eingesetzt sind (denn er könnte deren Antheil an der nicht zu veräußernden Sache durch Kauf oder sonstwie erwerben), daher ist die Cautionsstellung in diesem Falle nothwendig.

b. Nach dem prätorischen Edict kann jeder bedingt Eingesetzte die bonorum possessio provisorisch erbitten[14], er muß jedoch unter Bürgenstellung[15] den Substituten, Miterben, Intestaterben Caution wegen Herausgabe der Erbschaft leisten, falls die Bedingung ausfällt oder er ihre Erfüllung nicht erlebt oder er zur Zeit der Erfüllung einsetzungs- oder erwerbsunfähig ist[16]; tritt einer dieser Fälle ein, so gilt es, als habe er

---

[3] l. 3. l. 69. D. de a. h. 29, 2. — [4] l. 59. § 6. D. h. t. 28, 5; l. 23. l. 45. § 1. D. de vulg. s. 28, 6; l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51. — [5] l. 4. § 1. D. de cond. inst. 28, 7. — [6] l. 67. l. 79. § 2. l. 106. D. de cond. 35, 1; l. 76. § 7. D. de leg. 2. (31); Nov. 22. c. 44. — [7] l. 73. D. de cond. 35, 1; l. 65. § 1. D. ad sct. treb. 36, 1. — [8] l. 72. pr. § 1. D. de cond. 35, 1. — [9] l. 4. § 1. D. h. t. 28, 7; cf. l. 7. l. 67. D. de cond. 35, 1. — [10] l. 106. D. de cond. 35, 1; cf. l. 101. § 2. eod. — [11] l. 18. D. de cond. 35, 1. — [12] Nov. 22. c. 44. — [13] l. 4. § 1. D. h. t. 28, 7; cf. l. 20. pr. eod.; l. 7. § 1. D. de cond. 35, 1. — [14] l. 5. pr. l. 6. l. 10. l. 12. D. de b. p. s. t. 37, 11; l. 1. § 7. D. ad sct. tert. 38, 17. — [15] l. 3. D. de stip. praet. 46, 5. — [16] l. 12. D. qui sat. 2, 8; l. 8. D. de stip. pr. 46, 5.

nie die Erbschaft angetreten[17]. Macht der bedingt Eingesetzte von der Befugniß des provisorischen Antritts keinen Gebrauch, und ist die Bedingung eine positiv potestative (z. B. si servum suum manumiserit), so kann dem Eingesetzten auf Antrag der Erbschaftsgläubiger eine Frist zur Erfüllung der Bedingung gesetzt werden[18]; ist umgekehrt die Bedingung von dem Willen des Eingesetzten unabhängig (z. B. si Titius consul factus erit), so können die Erbschaftsgläubiger den Besitz der Erbschaft verlangen[19], und sie behufs ihrer Befriedigung verkaufen.

II. Die Erbeinsetzung unter einer Zeitbestimmung. Es ist bereits § 59 Note 6 bemerkt, daß eine Erbeinsetzung in der Regel nicht unter einer auflösenden Zeitbestimmung (sog. dies ad quem) erfolgen kann (semel heres semper heres), ebensowenig unter einer aufschiebenden Zeitbestimmung (sog. dies ex quo); werden sie der Erbeinsetzung hinzugefügt, so gelten sie als nicht geschrieben[20]. Nur im Soldatentestament waren sie zulässig; alsdann wurde beim Eintritt der auflösenden Zeitbestimmung die Erbschaft dem etwaigen Substituten, in dessen Ermangelung dem Intestaterben deferirt; im Fall der aufschiebenden Zeitbestimmung erfolgte die Delation bis zu deren Eintritt an den zuerst ernannten Testamentserben, in dessen Ermangelung an den Intestaterben[21]; diese Bestimmungen zu Gunsten des Soldatentestaments sind durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt.

III. Die Erbeinsetzung unter einem Modus ist zulässig; die genaueren Bestimmungen sind in § 60 auseinandergesetzt.

6) Die Substitutionen.

t. D. XXVIII, 6: de vulgari et pupillari substitutione. — t. C. VI, 26: de impuberum et aliis substitutionibus. — t. I. II, 15: de vulgari substitutione; II, 16: de pupillari substitutione.

a. § 402. Die Vulgarsubstitution.

Vangerow, § 451.

I. Einleitung. Der Testator kann für den Fall, daß der zum Erben Eingesetzte (primo gradu, primo loco heres scriptus) nicht Erbe werden sollte, einen Anderen als Erben einsetzen (secundo gradu, secundo loco heredem scribere, heredem substituere, vulgariter substituere)[1]. Es geschieht dies aus Vorsicht, damit nicht die Intestaterbfolge eintrete, falls der zuerst Eingesetzte (Institut) nicht Erbe wird; dieser Act kann für den weiteren Fall, daß der an zweiter Stelle Eingesetzte (Vulgarsubstitut, Substitut) nicht Erbe werden sollte, wiederholt werden, und es gilt alsdann das Rechtssprichwort der Neueren: substitutus substituto censetur esse substitutus instituto, d. h. a) der weitere Substitut gilt, wenn der frühere Substitut vor ihm wegfällt,

[17] l. 12. D. qui sat. 2, 8; l. 1. § 7. D. ad sct. tert. 38, 17. — [18] l. 23. § 1. D. h. t. 28, 5. — [19] l. 23. § 2. D. de her. inst. 28, 5; l. 4. pr. D. de reb. auct. jud. 42, 5. — [20] l. 34. D. h. t. 28, 5; § 9. I. h. t. 2, 14. — [21] l. 15. § 4. l. 41. pr. D. de test. mil. 29, 1; l. 8. C. eod. 6, 21.

[1] l. 36. pr. D. h. t. 28, 6; pr. I. h. t. 2, 15.

als Substitut des Instituirten[2]; b) ist der frühere Substitut zugleich Institut, so tritt, wenn er vor dem weiteren Substituten wegfällt, der letztere sowohl bezüglich der Instituten- als bezüglich der Substitutenportion an die Stelle des früheren Substituten[3]. —

II. Begriff und juristische Natur. Die Vulgarsubstitution ist die Einsetzung eines zweiten Erben für den Fall, daß der zuerst Eingesetzte nicht Erbe wird. Die juristische Natur der Vulgarsubstitution wird durch zwei Regeln bestimmt:

1. Die Substitution ist eine Erbeinsetzung; sie unterliegt deshalb den Regeln der §§ 396—401. Hinzuzufügen ist Folgendes. Der Testator kann Einem Eingesetzten Mehrere und umgekehrt mehreren Eingesetzten Einen substituiren[4]; in letzterem Fall wird die Erbschaft dem Substituten erst dann deferirt, wenn Keiner der Instituten erbt. Der Testator kann ebensowohl einen Nichterben als einen Miterben substituiren[5]; substituirt er sämmtliche Miterben Einem unter ihnen oder gegenseitig (subst. reciproca s. mutua), so gelten sie als zu denselben Erbtheilen substituirt, zu denen sie instituirt sind[6]; ist aber neben ihnen noch ein Nichterbe substituirt, so gilt dieser als zu einem Kopftheil substituirt[7]. Ist ein Miterbe einem anderen substituirt, so liegt nach der gemeinen Meinung darin, daß er die Institutenportion erworben resp. ausgeschlagen hat, nothwendigerweise auch der Erwerb resp. die Ausschlagung der Substitutenportion; es muß jedoch diese Meinung verworfen und vielmehr behauptet werden, daß, wer die Institutenportion erworben, die ihm später deferirte Substitutenportion ausschlagen kann; will er sie erwerben, so braucht er keine neue Antretungserklärung abzugeben[8]; umgekehrt ist Derjenige, welcher die Institutenportion ausgeschlagen, die ihm später deferirte Substitutenportion anzutreten befugt[9].

2. Die Substitution ist eine bedingte Erbeinsetzung, nämlich unter der Bedingung, daß der Institut nicht Erbe wird. Solange die Bedingung schwebt, kann der Substitut die Erbschaft vorläufig antreten[10]; auch kann er verlangen, daß dem Instituten vom Richter eine Frist zur Erklärung über die Antretung resp. Ausschlagung der Erbschaft gesetzt werde (bestritten; s. § 419 Note 39). Erwirbt der Institut selbst die Erbschaft oder kraft seines Rechtes ein Anderer[11], so deficirt die Bedingung der Substitution, aber die Deficienz wird rückgängig, sobald der Institut sich abstinirt oder in integrum restituirt wird[12] (§§ 420. 424), nicht hingegen, wenn die Erbschaft dem Instituten wegen Indignität entrissen wird[13] (§ 424). Ist es gewiß, daß der Institut nicht Erbe wird (sei es, daß er nicht will oder nicht kann) so wird die Bedingung der Substitution erfüllt, und es wird die Erbschaft dem Substituten deferirt,

[2] l. 41. pr. D. h. t. 28, 6; § 1. I. h. t. 2, 15. — [3] l. 27. l. 41. pr. D. h. t. 28, 6; § 3. I. h. t. 2, 15. — [4] l. 36. § 1. D. h. t. 28, 6. — [5] l. 4. § 2. l. 23. D. h. t. 28, 6; § 1. I. h. t. 2, 15. — [6] l. 5. l. 24. l. 41. §§ 1. 4. D. h. t. 28, 6; § 2. I. h. t. 2, 15. — [7] l. 32. D. h. t. 28, 6. — [8] l. 35. pr. l. 76. pr. l. 81. D. de a. h. 29, 2; l. 6. C. h. t. 6, 26. — [9] l. 1. §§ 5. 6. D. si quis om. c. t. 29, 4; l. 76. § 1. D. de a. h. 29, 2; l. 20. C. de jure del. 6, 30. — [10] l. 9. C. qui adm. 6, 9. — [11] § 4. I. h. t. 2, 15; l. 40. D. de her. inst. 28, 5. — [12] l. 44. D. de re jud. 42, 1; l. 7. § 10. D. de min. 4, 4. — [13] l. 12. pr. D. ad set. sil. 29, 5.

vorausgesetzt, daß er erbfähig, einsetzungs- und erwerbsfähig ist[14] (§ 390 unter II. 2. § 398).

b. § 403. Die Pupillarsubstitution.

Baron, Gesammtrechtsverhältnisse. 1864. S. 453—536. — Vangerow, §§ 452—454.

I. **Die Regeln.** Derjenige, welcher im Augenblick seines Todes einen Unmündigen unmittelbar in seiner Gewalt hat, kann ihm auf den Fall, daß er vor erreichter Mündigkeit sterben sollte, einen Erben (den Pupillarsubstituten) ernennen[1]. Ein Gleiches kann der Testator hinsichtlich der nach seinem Tode Geborenen thun, welche, wenn er länger gelebt hätte, unmittelbar in seine Gewalt gekommen wären[2]. Derjenige, welcher einen Unmündigen arrogirt hat, kann ihm nur insofern mit Wirksamkeit einen Erben ernennen, als der Unmündige durch ihn etwas erworben hat[3]. Eine solche Erbeinsetzung heißt in den Quellen auffallender Weise pupillaris substitutio; aber es erklärt sich diese Bezeichnung einerseits daraus, daß der Testator gewöhnlich (selbst ohne es zu müssen, s. Note 9) den Unmündigen zu seinem eigenen (ersten) Erben ernannte[4], andererseits daraus, daß der ernannte Erbe des Unmündigen zugleich als zweiter Erbe des Testator aufgefaßt wurde[5]: ihm werden beim Tode des Pupillen zwei Erbschaften, die des Gewalthabers und die des Unmündigen, deferirt[6]. — Die Pupillarsubstitution ist ein Act der Vorsicht, damit nicht, falls der Unmündige vor erreichter Mündigkeit stirbt, die Intestaterbfolge eintrete; sie enthält keine Beschwerde des Unmündigen, da er selbst nicht testirfähig ist. — Nur derjenige Gewalthaber kann eine Pupillarsubstitution anordnen, welcher für sich selbst ein Testament bereits gemacht hat oder es gleichzeitig mit der Pupillarsubstitution macht[7]; die letztere ist ein Anhängsel des ersteren, so daß die Nichtigkeit sowie die Aufhebung des väterlichen Testaments auch die der Pupillarsubstitution nach sich zieht[8]. — Bezüglich der Person seines ersten Erben hat der Testator freie Hand: er kann den Unmündigen allein oder zusammen mit dem Pupillarsubstituten oder zusammen mit einem Dritten zu Erben einsetzen; er kann aber auch den Pupillen enterben[9] (nach Justinianischem und heutigem Rechte bloß noch im Falle der bona mente exheredatio, § 415 Note 24. 25) und den Pupillarsubstituten oder einen Dritten zu seinem Erben einsetzen. — Auch bezüglich der Person des Pupillarsubstituten hat der Testator freie Hand: er braucht nicht einmal die pflichttheilsberechtigten Verwandten des Unmündigen zu berücksichtigen[10], da diese dem Unmündigen, der ja

---

[14] l. 59. § 6. D. de her. inst. 28, 5; l. 23. l. 45. § 1. D. h. t. 28, 6; l. 81. D. de a. h. 29, 2; l. 9. D. de suis 38, 16.

[1] l. 2. pr. l. 41. § 2. D. h. t. 28, 6; pr. i. f. I. h. t. 2, 16. — [2] l. 2. pr. D. h. t. 28, 6; § 4. i. f. I. h. t. 2, 16. — [3] l. 10. § 6. D. h. t. 28, 6; l. 22. § 1. D. de ad. 1, 7. — [4] l. 1. § 1. D. h. t. 28, 6; pr. I. h. t. 2, 16. — [5] l. 46. D. h. t. 28, 6. — [6] § 2. I. h. t. 2, 16; l. 2. § 4. l. 10. § 2. D. h. t. 28, 6; l. 2. § 2. D. de her. vend. 18, 4. — [7] l. 2. § 4. l. 20. D. h. t. 28, 6. — [8] l. 2. pr. l. 10. § 4. l. 16. § 1. D. h. t. 28, 6. — [9] l. 1. § 2. l. 10. § 5. D. h. t. 28, 6. — [10] l. 8. § 5. D. de inoff. t. 5, 2.

das Testament nicht gemacht hat, keine Lieblosigkeit vorwerfen können § 415 unter V). Der gewöhnlichste Fall ist (wie schon bemerkt), daß der Testator den Unmündigen zu seinem Erben einsetzt; dann ist, falls der Unmündige sich nicht von der väterlichen Erbschaft abstinirt[11], der Nachlaß des Testator und der des Unmündigen untrennbar verbunden und der Pupillarsubstitut kann nur beide Erbschaften annehmen oder ausschlagen[12]. Ist Jemand (unter Enterbung des Unmündigen) zum alleinigen Erben oder (zusammen mit dem Unmündigen) zum Miterben des Gewalthabers und zugleich zum Pupillarsubstituten eingesetzt, und hat er die Erbschaft des Gewalthabers angetreten, so wächst ihm beim Tode des Unmündigen dessen Nachlaß von selbst (ipso iure) zu[13]; hat er die Erbschaft des Gewalthabers ausgeschlagen, so ist, falls er zum alleinigen Erben eingesetzt war, das Testament regelmäßig[14] nichtig[15]; falls er aber neben dem Pupillen zum Erben eingesetzt war, so ist er nicht (wie die herrschende Meinung behauptet) von der Erbschaft des Unmündigen ausgeschlossen, sondern es wird ihm nach dem Tode des Unmündigen die Erbschaft des Gewalthabers und die des Unmündigen als ein untrennbares Ganzes deferirt[16]. — Die Pupillarsubstitution wird gewöhnlich mit der vulgaren verbunden (subst. duplex), d. h. der Testator erklärt gewöhnlich, daß Jemand sein unmündiges Hauskind beerben solle, falls es in der Unmündigkeit verstürbe, und daß er ihn selbst beerben solle, falls sein unmündiges Hauskind vor ihm verstürbe[17]; denn es pflegt Derjenige, welcher Jemandem den Nachlaß seines Kindes gönnt, diesem auch den eigenen Nachlaß zu gönnen und umgekehrt; auf Grund dieser Wahrnehmung bildete sich der Grundsatz, daß im Zweifel[18] in der Pupillarsubstitution eine vulgare (s. vulg. tacita) und umgekehrt in der vulgaren eine pupillare (s. pupill. tacita) liege[19]; man drückt dies gewöhnlich so aus: i n d e r s i m p l e x s u b s t i t u t i o l i e g t i m Z w e i f e l e i n e d u p l e x. — Die Pupillarsubstitution verliert ihre Giltigkeit, wenn ihre Voraussetzungen fortfallen: a) wenn der Unmündige schon bei Lebzeiten des Testator von dessen Gewalt befreit wird[20]; b) wenn er die Mündigkeit erreicht[21]; c) wenn das Testament des Testator seine Giltigkeit verliert[22]; d) wenn der Unmündige vor dem Testator stirbt (nur tritt dann im Zweifel eine Vulgarsubstitution an die Stelle der pupillaren). — Wenn der Unmündige nach dem Tode des Testator sich arrogiren läßt, so wird die Pupillarsubstitution an und für sich ungiltig; jedoch muß der Arrogator die Verbindlichkeit übernehmen, das Vermögen des Arrogirten, falls dieser als Unmündiger versterben sollte, an Diejenigen herauszugeben, welche es ohne die Arrogation erhalten hätten[23] (§ 363 Note 18. 19);

---

[11] l. 42. D. de a. h. 29, 2; l. 28. D. de reb. auct. jud. 42, 5. — [12] l. 10. § 2. D. h. t. 28, 6. — [13] l. 59. D. de a. h. 29, 2; l. 20. C. de jur. del. 6, 30. — [14] Eine Ausnahme s. in l. 41. D. de a. h. 29, 2; l. 12. D. h. t. 28, 6. — [15] l. 10. § 4. D. h. t. 28, 6. — [16] l. 10. § 3. D. h. t. 28, 6; cf. l. 27. §§ 2. 5. D. ad sct. treb. 36, 1. — [17] l. 1. § 1. D. h. t. 28, 6. — [18] l. 4. § 2. l. 45. D. h. t. 28, 6; l. 2. C. h. t. 6, 26; l. 6. C. de test. mil. 6, 21. — [19] l. 4. D. h. t. 28, 6; l. 4. C. h. t. 6, 26. — [20] l. 41. § 2. D. h. t. 28, 6. — [21] l. 14. D. h. t. 28, 6. — [22] l. 2. 1. l. 10. § 4. l. 16. § 1. D. h. t. 28, 6. — [23] ll. 18—22. pr. D. de ad. 1, 7.

es hat aber der Pupillarsubstitut bloß auf dasjenige Vermögen Anspruch, welches der Arrogirte ohne die Arrogation hatte [24].

II. Die Pupillarsubstitution in einem Soldatentestament genoß nach Römischem Rechte besondere Vorzüge. Der Soldat konnte bezüglich derjenigen Güter, die er seinem Kinde hinterließ, auch einem emancipirten Kinde [25], auch über die Jahre der Mündigkeit hinaus [26], auch ohne für sich selbst ein Testament zu errichten [27], einen Pupillarsubstituten ernennen. Alles dies ist durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt.

c. § 404. Die sog. Quasipupillarsubstitution.

Vangerow, § 456.

Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

I. Schon nach vorjustinianischem Rechte kann der Vater eines Menschen, der zwar mündig aber testirunfähig ist, durch Privilegium des Fürsten die Erlaubniß erhalten, seinem Descendenten einen Erben zu ernennen. Dem Ernannten wird, falls der Descendent, ohne die Testirfähigkeit erlangt zu haben und ohne Notherben stirbt, der gesammte Nachlaß des Verstorbenen deferirt [1].

II. Nach einer Justinianischen Verordnung [2] können alle Ascendenten eines Geisteskranken (auch ohne besonderes Privilegium Seitens des Fürsten) ihm einen Substituten ernennen, falls sie ihm den Pflichttheil (§ 415) hinterlassen; es ist also eine solche Substitution (wie die pupillare) keine unzulässige Belastung des Pflichttheiles; es muß jedoch der Substitut, falls der Geisteskranke Kinder hat, aus diesen, und falls solche fehlen, aus den eigenen Kindern des Testator genommen werden; die Substitution wird ungiltig, falls der Geisteskranke gesundet. — Man streitet über den Sinn der Verordnung, namentlich 1) darüber, ob der Substitut den ganzen Nachlaß des Geisteskranken oder bloß das ihm vom Ascendenten Hinterlassene erhalte; 2) wie (falls diese Streitfrage im ersten Sinne zu beantworten ist) es zu halten sei, wenn verschiedene Ascendenten verschiedene Substituten ernannt haben? Nach richtiger Interpretation des Gesetzes [3] erhält der Substitut nur das dem Geisteskranken vom Ascendenten Hinterlassene (die in der zweiten Streitfrage gedachte Collission verschiedener Substituten existirt demnach nicht); der übrige Nachlaß des Geisteskranken wird seinen Intestaterben deferirt. Daraus ergibt sich, daß die sog. Quasipupillarsubstitution keine Einsetzung eines Erben für einen Anderen, sondern ein sog. Universalfideicommiß ist (§ 454); der Pupillarsubstitution ist sie nur wenig ähnlich; freilich wird sie in dem Bericht, welchen die Institutionen [4] von der Justinianischen Verordnung geben, als ein Analogon der Pupillarsubstitution erklärt.

---

[24] l. 40. D. h. t. 28, 6. — [25] l. 41. § 4. D. de test. mil. 29, 1. — [26] l. 15. D. h. t. 28, 6; l. 8. C. h. t. 6, 26. — [27] l. 15. § 5. l. 41. § 5. D. de test. mil. 29, 1.

[1] l. 43. pr. D. de vulg. s. 28, 6. — [2] l. 9. C. de imp. s. 6, 26; § 1. I. de pup. s. 2, 16. — [3] cf. l. 7. § 1. C. de cur. fur. 5, 70. — [4] § 1. I. de pup. s. 2, 16.

III. § 405. Ungiltigkeit des Testaments.

t. D. XXVIII, 3: de iniusto rupto irrito facto testamento. — t. I. II, 17: quibus modis testamenta infirmentur. — Vangerow, §§ 458—460.

I. Ungiltigkeit von Anfang an. Ein Testament kann von Anfang an ungiltig sein. Nichtig (nullum, iniustum) ist es, wenn ihm eines der drei wesentlichen Erfordernisse fehlt: die Testirfähigkeit des Testator, die nöthige Form (test. non iure factum), die gehörige Erbeinsetzung. Anfechtbar ist es, wenn die Errichtung durch Irrthum im Motiv, durch Betrug oder durch Drohungen herbeigeführt worden ist; vgl. das Genauere in § 396 unter I. 2.

II. Das spätere Ungiltigwerden des Testaments tritt in folgenden Fällen ein:

1. Wenn der Testator durch eine Capitis deminutio (heutzutage: durch cap. dem. minima z. B. durch Arrogation oder Legitimation) die Testirfähigkeit verliert, so wird das Testament nichtig (test. iritum)[1]. Erlangt er sie jedoch vor seinem Tode wieder (z. B. der Testator hat sich arrogiren lassen und er wird emancipirt), so gelangt das Testament nach prätorischem Rechte wieder zu Kräften, vorausgesetzt, daß entweder der Testator seinen desfallsigen Willen irgendwie erklärt[2], oder daß der eingesetzte Erbe der nächste Intestaterbe ist[3], oder daß der Erblasser keine Intestaterben hinterläßt[3a].

2. Wenn die eingesetzten Erben später wegfallen, sei es, daß sie sämmtlich die Einsetzungsfähigkeit verlieren oder daß sie vor dem Erwerbe der Erbschaft sterben, oder daß sie die Erbschaft ausschlagen, so wird das Testament unwirksam (test. destitutum s. desertum)[4].

3. Wenn der Testator seinen letzten Willen in gehöriger Weise widerruft, so wird das Testament nichtig. Die Befugniß zum Widerruf hat der Testator jederzeit: ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum[5]; er verliert diese Befugniß auch nicht dadurch, daß er sein Testament für unwiderruflich erklärt[6], m. a. W. die sog. clausula derogatoria ist nichtig. Der Widerruf kann erklärt werden:

a. Durch eine ausdrückliche, vor Gericht oder vor drei Zeugen abzugebende Erklärung (test. irritum); durch dieselbe wird das Testament erst dann aufgehoben, wenn seit seiner Errichtung zehn Jahre abgelaufen sind[7]. Der Soldat konnte sein Testament formlos widerrufen[8]; diese Bestimmung ist durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt.

b. Durch Errichtung eines neuen Testaments[9] (test. ruptum, denn posteriore testamento rumpitur superius)[10]. Das neue Testament kann ein regelmäßiges oder ein privilegirtes sein; nur ein test. paren-

[1] l. 6. §§ 5—13. D. h. t. 28, 3; § 4. I. h. t. 2, 17. — [2] l. 11. § 2. D. de b. p. s. t. 37, 11. — [3] l. 12. pr. i. f. D. h. t. 28, 3. — [3a] Ulp. fr. 23, 6; Gai. 2, 149. — [4] § 2. I. h. t. 2, 17; l. 1. D. h. t. 28, 3; l. 181. D. de r. j. 50, 17. — [5] l. 4. D. de ad. leg. 34, 4; l. 6. C. qui test. fac. 6, 22. — [6] l. 22. pr. D. de leg. 3. (32); cf. l. 6. § 2. D. de jure cod. 29, 7. — [7] l. 27. C. de test. 6, 23. — [8] l. 15. § 1. D. de test. mil. 29, 1. — [9] l. 1. D. h. t. 28, 3; l. 29. C. de test. 6, 23. — [10] § 2. I. h. t. 2, 17.

tum inter liberos hat nicht die Kraft, ein früheres Testament aufzuheben. Vorausgesetzt wird, daß das spätere Testament im Augenblick der Errichtung nicht nichtig ist[11]; doch gibt es eine Ausnahme: will Jemand seine Intestaterben, die er im früheren nicht zu Erben eingesetzt hatte, in einem neuen Testament als solche einsetzen, so schadet es nicht, daß dessen Solennisirung nicht geschehen ist, sondern ein schriftlicher Aufsatz, von welchem fünf Zeugen bekunden, daß der Erblasser ihn habe als Testament solennisiren lassen wollen, hat die Kraft, das frühere Testament aufzuheben, und gilt selbst als Intestatcodicill[12], d. h. die Erbeinsetzungen des unvollendeten Testaments (test. imperfectum) gelten als Universalfideicommisse (§ 454). — Nicht wird vorausgesetzt, daß das spätere Testament zum Vollzug komme; vielmehr bleibt das frühere Testament selbst dann aufgehoben, wenn das spätere mit Erfolg angefochten, wenn die Erbschaft von den im späteren Testament eingesetzten Erben ausgeschlagen, wenn die Bedingung, unter welcher Jemand im späteren Testament zum Erben eingesetzt ist, nicht erfüllt wird[13]. Wenn das spätere Testament deshalb aufgehoben wird, weil der Testator zu dessen Errichtung durch Drohungen oder Irrthum vermocht worden war, so gelangt das frühere wieder zu Kräften[14]; ebenso, wenn der Testator das spätere Testament in der Absicht, das frühere wiederherzustellen, vernichtet[15]. Bestätigt der Testator im späteren Testament das frühere, so gilt das letztere als Codicill, und die darin angeordneten Erbeinsetzungen als Universalfideicommisse[16]. — Besondere Grundsätze galten nach Römischem Recht für den Soldaten: das spätere Testament des Soldaten hob sein früheres nur dann auf, wenn ihr Inhalt miteinander unverträglich war[17]; entgegengesetzten Falles bestanden sie neben einander; diese Bestimmung ist durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt.

c. Ein schriftliches Testament wird dadurch widerrufen, daß der Testator die Testamentsurkunde (durch Zerreißen) oder die äußeren Zeichen ihrer Solennisirung (durch Abreißen der Siegel) oder das Geschriebene (durch Ausstreichen) zerstört[18]. Zerstört der Testator nur den Namen eines Erben, so ward dieser in früherer Zeit als Indignus vom Fiscus verdrängt, später sah man darin einen Widerruf der Einsetzung[19]. — Eine Zerstörung ohne den Willen des Testator hat keinen Einfluß auf die Giltigkeit des Testaments sondern bloß auf die factische Möglichkeit seines Beweises[20].

III. Ein besonderer Ungiltigkeitsgrund des Testaments ist die nicht gehörige Berücksichtigung von Notherben; das Testament ist alsdann von

---

[11] l. 1. l. 2. l. 16. D. h. t. 28, 3; l. 7. D. de lib. et post. 28, 2. — [12] l. 21. § 5. C. de test. 6, 23; l. 2. D. h. t. 28, 3. — [13] l. 3. § 4. l. 16. D. h. t. 28, 3; l. 36. § 4. D. de test. mil. 29, 1; § 2. I. h. t. 2, 17. — [14] l. 92. D. de her. inst. 28, 5. — [15] l. 11. § 2. i. f. D. de b. p. s. t. 37, 11. — [16] l. 12. § 1. D. h. t. 28, 3. — [17] l. 19. pr. l. 36. § 1. D. de test. mil. 29, 1. — [18] l. 1. § 8. D. si tab. test. 38, 6; l. 1. § 10. l. 8. § 3. D. de b. p. s. t. 37, 11; l. 30. C. de test. 6, 23. — [19] S. einerseits l. 12. l. 16. § 2. D. de his quae ut. ind. 34, 9; l. 3. D. de his quae in test. 28, 4; andererseits l. 1. § 8. D. si tab. 38, 6; l. 2. § 7. D. de b. p. s. t. 37, 11. — [20] l. 1. pr.—§ 3. D. de his quae in test. del. 28, 4; l. 20. D. h. t. 28, 3; l. 30. C. de test. 6, 23.

Anfang an oder hinterher bald nichtig, bald anfechtbar, und zwar beides bald völlig bald theilweis; das Genauere s. in §§ 412—418. Nur gegenüber dem Testament über das peculium castrense und quasi castrense und gegenüber der Pupillarsubstitution (§ 403 Note 10) fällt dieser Ungiltigkeitsgrund weg[21].

IV. § 406. Eröffnung des Testaments.

t. D. XXIX, 3; t. C. VI, 32: testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur. — Vangerow, § 439.

Ueber die Eröffnung des schriftlichen Testaments galten nach Römischem Recht andere Grundsätze als nach der heutigen Praxis.

I. Römisches Recht. Die l. Iulia vicesimaria[1], welche die letztwilligen Zuwendungen (außer denen an nahe Verwandte) einer Erbschaftssteuer von fünf Procent unterwarf, bestimmte zugleich, daß die Eröffnung der Testamente vor der competenten Behörde binnen fünf Tagen erfolgen solle. Dieser Behörde soll Derjenige, welcher das Testament in Händen hat, es ausliefern; sie beruft hierauf die anwesenden Testamentszeugen zur Recognition ihrer Siegel und Namen, läßt auch von diesen die Siegel und Namen der abwesenden Zeugen recognosciren, und läßt endlich das Testament in Gegenwart der Testamentszeugen oder (in deren Ermangelung) von ehrenwerthen Männern eröffnen und verlesen (recitare)[2]. Mit dem Testamente zugleich werden etwaige Codicille eröffnet und verlesen[3]; die Pupillarsubstitution, welche der Testator besonders versiegelt hat, wird in der Regel erst nach dem Tode des Pupillen eröffnet[4]. — Nach dem sct. Silanianum (unter Augustus) darf das Testament eines Ermordeten erst dann eröffnet und die Erbschaft erst dann angetreten werden, wenn über die etwaige Theilnahme seiner Sklaven am Morde eine Untersuchung angestellt worden ist[5]; der Zuwiderhandelnde verfällt der Indignität[6].

II. Heut geschieht die gerichtliche Publication regelmäßig bei gerichtlich aufgenommenen oder deponirten Testamenten, bei Privattestamenten aber bloß dann, wenn der Testator es angeordnet hat oder wenn die Betheiligten es verlangen oder wenn das Gericht aus besonderen Gründen (z. B. es liegt der Verdacht der Fälschung vor) es für erforderlich hält. Zu der Eröffnung werden in der Regel nur die Betheiligten zugezogen, ausnahmsweise (z. B. wenn die Aechtheit des Testaments streitig ist) auch die Testamentszeugen.

---

[21] l. 8. §§ 3. 4. l. 27. § 2. D. de inoff. 5, 2; l. 9. l. 37. C. eod. 3, 28.
[1] Pauli sent. rec. 4, 6. §§ 1—3. — [2] ll. 4—7. D. h. t. 29, 3. — [3] l. 2. § 2. l. 11. D. h. t. 29, 3. — [4] l. 8. D. h. t. 29, 3. — [5] l. 3. §§ 18—32. l. 23. l. 27. D. de sct. sil. 29, 5. — [6] l. 5. § 2. l. 8. § 1. l. 27. D. ad sct. sil. 29, 5.

Zweiter Titel.
Die Intestaterbfolge.

Vgl. das vor § 387 citirte Buch von Schirmer, welches eine genaue Darstellung der ganzen Intestaterbfolge enthält.

1) § 407. Historische Einleitung.

Vangerow, §§ 405—410. 423.

Die Richtung, in welcher die Intestaterbfolge sich historisch entwickelt, ist die der Gleichstellung der beiden Verwandtschaftsarten: der Agnation und Cognation. Das Intestaterbrecht ist nämlich regelmäßig ein Ausfluß der Verwandschaft; als verwandt gelten aber im alten Civilrecht nur die Agnaten, allmählich treten die Cognaten neben oder hinter sie, bis endlich durch die Justinianische Novelle 118 aller Vorzug der Agnaten vor den Cognaten aufgehoben wird. Diese Rechtsentwicklung vollzieht sich in vier Perioden.

Die erste Periode ist die des alten Civilrechts[1]. Nach den Bestimmungen der zwölf Tafeln ist nur die Agnation ein Erbgrund; man stellte drei Classen von Erbberechtigten auf. Die erste Classe bildeten die sui heredes und postumi, d. h. diejenigen Mitglieder der familia proprio iure (§ 23 unter II), welche beim Tode des Erblassers seiner patria potestas oder manus unmittelbar unterworfen waren resp. es gewesen wären, wenn er länger gelebt hätte. Die zweite Classe bildeten die proximi agnati d. h. die Mitglieder der familia communi iure nach Gradesnähe, von den weiblichen Agnaten bloß die consanguineae. Die dritte Classe bildeten die Gentilen d. h. diejenigen Verwandten, welche zwar ihre Familienangehörigkeit nicht mehr nachweisen können, aber das Bewußtsein derselben in dem nomen gentilicium festhalten.

Die zweite Periode wird durch das prätorische Edict eingeleitet[2]; es beruft außer den gegenwärtigen Agnaten des Erblassers theils frühere Agnaten, theils reine Cognaten, endlich den überlebenden Ehegatten. Es stellt vier Classen auf: unde liberi, unde legitimi, unde proximi cognati, unde vir et uxor. Als liberi sind erbberechtigt die sui und postumi, die Emancipirten, sowie Diejenigen, welche durch Adoption und Arrogation in eine fremde Familie getreten, später aber aus derselben wieder ausgetreten waren; hatte der Erblasser Kinder des Emancipirten in der Gewalt zurückbehalten, so erhalten sie (nach der nova clausula Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis)[3] zusammen mit dem Emancipirten einen Kopftheil. — Als legitimi sind alle Diejenigen erbberechtigt, welche es nach dem alten Civilrecht sind. — Als proximi

---

[1] Gai. 3, 1—18; Ulp. 26; Pauli sent. rec. 4, 8; Coll. 16; t. D. 38, 16: de suis et legitimis; t. I. 3, 1: de hereditatibus quae ab intestato deferuntur; 3, 2: de legitima agnatorum successione. — [2] Gai. 3, 19—31; Ulp. fr. t. 28; t. D. 38, 6: si tabulae testamenti nullae exstabunt unde liberi; 38, 7: unde legitimi; 38, 8: unde cognati; 38, 11: unde vir et uxor; t. C. 6, 14: unde liberi; 6, 15: unde legitimi et unde cognati; 6, 18: unde vir et uxor; t. I. 3, 5: de successione cognatorum; 3, 9: de bonorum possessionibus. — [3] t. D. 37, 8.

cognati werden von den Cognaten des Verstorbenen Diejenigen berufen, welche mit ihm bis zum sechsten Grade verwandt sind, vom siebenten Grade die Sobrinenkinder; unter ihnen entscheidet Gradesnähe. — In der vierten Classe wird der überlebende Ehegatte berufen.

Die dritte Periode bildet die Kaiserzeit bis zur Justinianischen Nov. 118; in ihr gelangt das reine Cognationsprincip zu immer größerer Anerkennung[4]. Während Mutter und Kinder nach dem prätorischen Edict, falls die Mutter nicht in der Manus ihres Gatten gewesen war, sich erst in der Classe unde cognati beerben, so wird der Mutter durch das sct. Tertullianum unter Hadrian ein Erbrecht vor fast allen Agnaten der Kinder gegeben, falls sie das ius liberorum hat; spätere Gesetze ertheilen es auch derjenigen, welche des ius liberorum entbehrt. Das sct. Orphitianum unter Mark Aurel und Commodus (178 n. Chr.) gibt den Kindern ein Erbrecht am Nachlaß ihrer Mutter vor allen Agnaten derselben, spätere Gesetze auch am Nachlaß der mütterlichen Ascendenten und der väterlichen Großmutter. Auch die emancipirten Geschwister erhalten allmählich ein gleiches Erbrecht unter einander wie die nicht emancipirten; die vollbürtigen wurden den halbbürtigen vorgezogen; hinter ihnen kommen die Geschwisterkinder. Auch Concubinenkinder erhalten ein gewisses Erbrecht am Nachlaß ihres Erzeugers und umgekehrt[5]; ebenso die arme Wittwe am Nachlaß ihres Gatten[6].

Die vierte Periode wird durch die Novelle 118 vom Jahre 543 geschaffen. Dieselbe hebt alle früheren Gesetze über die Erbfolge der Verwandten auf, und verordnet, daß fortan Cognaten und Agnaten in gleicher Weise erbberechtigt sein sollen — ohne Rücksicht auf ihr Geschlecht, ohne Rücksicht darauf, ob die Verwandtschaft durch Männer oder Weiber vermittelt ist, ohne Beschränkung auf eine bestimmte Gradzahl. Zugleich ordnet die Novelle eine bestimmte Reihenfolge der Verwandten (Erbfolgeordnung) an. — Die Novelle 118 bildet die Grundlage des heutigen gemeinen Intestaterbrechts; neben ihr gelten noch einige Berechtigungen aus dem Rechte vor der Novelle 118: die bon. poss. unde vir et uxor, die quarta divi Pii, das Erbrecht der armen Wittwe, das der Concubinenkinder (letzteres ist jedoch auf uneheliche Kinder übertragen, § 408 N. 5. § 409 unter II. 3.).

2) § 408. Der Kreis der Intestaterbberechtigten.

Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. 1839. — Schirmer, in dem vor § 387 citirten Buch. — Vangerow, §§ 411—413. 422.

Es gibt zwei Successionsgründe[1]: Verwandtschaft und Ehe. Intestaterbberechtigt sind demnach:

I. Auf Grund der Verwandtschaft

1. Die Cognaten (Blutsverwandten). Die eheliche Blutsverwandtschaft ist ein wechselseitiger Successionsgrund für alle Verwandte

---

[4] t. D. 38, 17: ad sct. Tertullianum et Orphitianum; t. C. 6, 56: ad sct. tert.; 6, 57: ad sct. Orphit.; t. I. 3, 3: de sct. Orph.; l. 14. l. 15. C. de leg. her. 6, 58; Nov. 84. — [5] Nov. 18; Nov. 89. cc. 12. 13. — [6] Nov. 53. c. 6; Nov. 117. c. 5.

[1] Nov. 118. c. 1.

bis in den entferntesten Grad. Uneheliche Kinder sind mit ihrer Mutter und deren Familie blutsverwandt wie eheliche[2]; nur Geburten in incestuoser Ehe begründen nach positiver Vorschrift[3] kein Erbrecht; frühere Juristen behaupteten das Gleiche von den Geburten in Ehebruch und Bigamie[4]. Gegenüber ihrem Erzeuger und dessen Familie gelten uneheliche Kinder nicht als verwandt (§ 23 Note 17), und zwischen ihnen besteht regelmäßig kein Erbrecht außer a) nach Römischem Recht, wenn Concubinenkinder (heutzutage irgendwelche Uneheliche) legitimirt worden sind[5]; b) nach Canonischem und heutigem Recht, wenn Kinder in einer putativen Ehe gezeugt worden sind[6]; nur derjenige Ehegatte, welcher sich nicht im Irrthum befand, hat kein Erbrecht; c) nach der Praxis haben die Brautkinder ein Erbrecht gegen den Erzeuger (nicht auch gegen dessen Verwandten), vorausgesetzt, daß ein giltiges Verlöbniß bestanden hat und daß die Eingehung der Ehe durch den Tod des Bräutigams oder der Braut oder durch die ungegründete Weigerung des Bräutigams unterblieben ist. Abgesehen von den Fällen a—c besteht zwischen den Unehelichen und ihrem Erzeuger ein sog. außerordentliches Erbrecht (§ 409 a. E.).

2. Die bloßen Agnaten, d. h. an Kindesstatt Angenommenen; doch sind sie nicht alle in gleicher Weise erbberechtigt. Ein gegenseitiges Intestaterbrecht findet statt zwischen dem Arrogirten, dem vollkommen Adoptirten und ihren agnatischen Descendenten einerseits und dem Annehmenden und dessen Agnaten andererseits[7] (§ 365 Note 8); nur gegenüber dem unmündig Arrogirten hat der Arrogator kein Erbrecht (§ 363 Note 19). Ein einseitiges Intestaterbrecht hat der unvollkommen Adoptirte am Nachlaß des Adoptivvaters[8] (§ 365 Note 11). Ein gegenseitiges Intestaterbrecht findet statt zwischen der Frau, welche ein Kind adoptirt hat einerseits und zwischen dem Adoptivkinde und dessen Descendenten andererseits[9] (§ 365 Note 12). — Uebrigens berührt die Annahme an Kindesstatt nicht den Erbnexus zwischen dem Angenommenen und seinen Cognaten[10]; er beerbt diese und wird von diesen (zusammen mit den Adoptivverwandten) beerbt; zwar behaupten Einige, daß der vollkommen Adoptirte seinen leiblichen Vater gar nicht oder nicht als Kind (sondern erst in der vierten Classe des § 409) beerbe, allein dies widerspricht offenbar der Nov. 118.

II. Auf Grund der Ehe steht dem überlebenden Ehegatten ein ordentliches Erbrecht (§ 409 Note 5), der armen Wittwe auch ein außerordentliches Erbrecht (§ 409 Note 9) zu.

3) § 409. Die Erbfolgeordnung (Successionsordnung).

Vangerow, §§ 414—418.

Die in § 408 aufgeführten Intestaterbberechtigten werden in einer gewissen Reihenfolge zur Erbschaft berufen, so daß die an einer früheren

---

[2] l. 2. l. 4. l. 8. D. unde cogn. 38, 8. — [3] l. 8. C. de inc. nupt. 5, 5; Nov. 12. c. 1; cf. Nov. 139. — [4] Wegen Nov. 89. c. 15. — [5] l. 10. C. de nat. lib. 5, 27; Nov. 89. c. 8. — [6] c. 2. c. 8. c. 14. c. 15. X. qui fil. 4, 17. — [7] l. 1. § 4. D. unde cogn. 38, 8; l. 4. § 10. l. 5. D. de grad. 38, 10. — [8] l. 10. C. de ad. 8, 48; § 2. I. de ad. 1, 11; § 14. I. de her. quae ab int. 3, 1. — [9] l. 5. C. de ad. 8, 48. — [10] l. 1. § 4. D. unde cogn. 38, 8; l. 4. § 10. D. de grad. 38, 10; § 3. I. de succ. cogn. 3, 5.

Stelle (Classe) Berufenen die in einer späteren Classe ausschließen; man nennt sie ordentliche Intestaterben. Gewisse Personen aber erhalten einen Theil der Erbschaft, gleichviel wer der ordentliche Intestaterbe ist; man nennt sie außerordentliche Intestaterben — eine meist unpassende Bezeichnung, da jene Personen meistens die Stellung von Gläubigern und nicht von Erben haben.

I. Die ordentlichen Intestaterben zerfallen in fünf Classen:

1. Die erste Classe[1] bilden die Descendenten ohne Rücksicht auf Gradesnähe, jedoch wird der dem Grade nach entferntere Descendent (der Enkel und Urenkel des Erblassers) durch seinen eigenen Ascendenten ausgeschlossen. Man pflegte früher von den entfernteren Descendenten zu sagen, daß sie kraft Repräsentationsrechts erben, und man folgerte daraus, daß sie nur dann erben, wenn sie ihren eigenen Ascendenten beerbt haben; dies ist heut allgemein verworfen: entferntere Descendenten erben aus eigenem Recht; allein der Gebrauch des Wortes „Repräsentationsrecht" ist geblieben.

2. Die zweite Classe[2] bilden Ascendenten, vollbürtige Geschwister und die Kinder von weggefallenen vollbürtigen Geschwistern (letztere also nach Repräsentationsrecht). Unter Ascendenten geht der dem Grade nach Nähere dem Entfernteren unbedingt vor, selbst wenn der eine einer anderen Linie angehört als der andere (z. B. die Mutter den väterlichen Großeltern). — Historisch zu erwähnen ist, daß nach der Novelle 118 Geschwisterkinder nicht erbten, wenn außer den Geschwistern noch Ascendenten vorhanden waren; allein dies ist theils durch die Nov. 127 theils durch die Praxis beseitigt worden.

3. Die dritte Classe[3] bilden halbbürtige Geschwister und die Kinder von weggefallenen halbbürtigen Geschwistern (letztere nach Repräsentationsrecht); hieher gehören auch Adoptivgeschwister sowie diejenigen unehelichen Kinder, welche Vater und Mutter mit einander gemein haben.

4. Die vierte Classe[4] bilden alle übrigen Seitenverwandten ohne Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen nach Gradesnähe. Indem Justinian in dieser Classe allen Seitenverwandten bis in den entferntesten Grad ein Erbrecht gab, beging er einen argen Mißgriff; es würde dieses Erbrecht sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn eine ihm entsprechende Pflicht aller Verwandten existirte; da aber selbst die Alimentationsverbindlichkeit den Seitenverwandten nicht obliegt (§ 328 a. E.), so ist der Familienverband ein gelockerter, das Bewußtsein der Zusammengehörigkeit ist in hohem Grade nur bei den näheren Seitenverwandten vorhanden, und ein gesetzliches Erbrecht über diese hinaus entbehrt jedes inneren Grundes.

5. Die fünfte Classe[5] bildet der überlebende Ehegatte; vorausgesetzt wird, daß die Ehe rechtlich und factisch bis zum Tode des Erblassers bestanden hat; jede Scheidung (selbst die ungiltige) hebt das Erbrecht auf.

---

[1] Nov. 118. c. 1. — [2] Nov. 118. cc. 2—3. pr.; Nov. 127. c. 1. — [3] Nov. 118. c. 3. pr. — [4] Nov. 118. c. 3. § 1. — [5] l. un. D. unde vir et ux. 38, 11; l. un. C. eod. 6, 18.

Hinterläßt der Erblasser weder einen erbfähigen Verwandten noch Ehegatten, so ist der Nachlaß bonum vacans, und er wird dem Fiscus deferirt; vgl. das Genauere § 425 unter III.

II. Die sog. außerordentlichen Intestaterben sind:

1. Der unmündig Arrogirte; er hat, auch nachdem er mündig geworden ist, eine Forderung auf ein Viertel des Nachlasses des Arrogator (quarta d. Pii, § 363 Note 20)[6], falls er von ihm ohne einen richterlich gebilligten Grund emancipirt worden ist[7] (denn falls er noch in der Gewalt des Arrogator bei dessen Tode sich befand, so hat er das ordentliche Kindeserbrecht). — Hat der Arrogator mit der Absicht, das Recht des Arrogirten zu schmälern, bei seinen Lebzeiten Veräußerungen vorgenommen, so kann der Arrogirte mit der actio quasi Calvisiana die Veräußerung insoweit anfechten, als sein Anspruch auf die Quart es gestattet[8].

2. Die arme Wittwe des Erblassers hat, wenn sie nicht die ordentliche Intestaterbin ist, nach Verordnung Justinians eine Forderung in der Regel auf ein Viertel des Nachlasses; concurrirt sie aber mit vier oder mehr Kindern des Erblassers, bloß auf einen Kopftheil; und sind dies zugleich ihre eigenen Kinder, bloß auf den Nießbrauch dieses Theiles; niemals soll sie mehr als hundert Pfund Goldes erhalten; auch werden etwaige Vermächtnisse des Erblassers an sie angerechnet. Arm ist die Wittwe dann, wenn sie weder hinreichendes eigenes Vermögen noch eine hinreichende Dos hat, um sich davon standesgemäß zu ernähren[9].

3. Concubinenkinder haben nach Verordnungen von Justinian ein Erbrecht auf ein Sechstel des Nachlasses ihres Erzeugers, falls der letztere weder eine rechtmäßige Ehegattin noch rechtmäßige Kinder hinterläßt; sie müssen davon ihrer Mutter einen Kopftheil abgeben[10]. Ein gleiches Erbrecht steht ihrem Erzeuger an ihrem Nachlaß zu[11]. Eine sehr verbreitete Praxis hat dieses Erbrecht auf die unehelichen Kinder (außer den in Blutschande, Bigamie oder Ehebruch gezeugten) und ihren Erzeuger übertragen; vorausgesetzt wird, daß letzterer die ersteren anerkannt hat.

4) § 410. Sog. successio ordinum et graduum.

Büchel in dem bei § 408 citirten Buch. — v. Helmolt, Civil-Abh. Heft 1. 1855. — Leonhard, Versuch einer Entsch. der Streitfrage über den Vorzug der succ. grad. vor dem Accrescenzrecht. 1874. — Merkel, die Lehre v. d. succ. grad. unter Intestaterben. 1876. — Vangerow, § 420.

Da die ordentlichen Intestaterben in dem Verhältniß zu einander stehen, daß die frühere Classe die spätere ausschließt, so entsteht die Frage, ob, wenn die in einer früheren Classe Berufenen die Erbschaft nicht erwerben (z. B. sie schlagen sie aus; sie sterben, ohne sich über den Antritt der Erbschaft erklärt zu haben u. dgl. m.), nunmehr die Erbschaft der späteren Classe deferirt wird. Eine gleiche Frage entsteht innerhalb derselben Classe dann, wenn Verwandte näheren Grades zunächst berufen

---

[6] l. 8. § 15. D. de inoff. 5, 2; l. 1. § 21. D. de coll. 37, 6. — [7] l. 22. pr. D. de ad. 1, 7; l. 2. C. eod. 8, 48; § 3. I. eod. 1, 11. — [8] l. 13. si quid in fraud. 38, 5. — [9] Nov. 53. c. 6; Nov. 117. c. 5. — [10] Nov. 18. c. 5; Nov. 89. c. 13. — [11] Nov. 89. c. 13.

waren und die Erbschaft nicht erwarben. Man drückt dies gewöhnlich so aus: findet eine successio ordinum et graduum statt? Diese Frage ist nach altem Civilrecht verneinend zu beantworten: in legitimis hereditatibus successio non est [1]; das prätorische Edict (edictum successorium) führte die sog. succ. ordinum für alle Classen ein, die sog. succ. graduum bloß in der Classe unde cognati [2]; Justinian dehnte noch vor dem Erlaß der Nov. 118 die succ. graduum auf die Classe unde legitimi aus [3]; ob er dies in gleicher Weise hinsichtlich der Classe unde liberi gethan habe, ist bestritten und aus den Quellen nicht mit Sicherheit zu ersehen [4]; jedenfalls ist in Nov. 118 cap. 1 den entfernteren Descendenten das Recht des Nachrückens mittelbar durch die Bestimmung verliehen worden, daß die Ascendenten und Seitenverwandten, solange Descendenten irgend welchen Grades vorhanden sind, nicht berufen werden sollen. Man muß demnach für das heutige Recht behaupten, daß sowohl die succ. ordinum als graduum allgemein statthat; allein diese Behauptung ist nicht allgemein anerkannt; denn

1. In neuerer Zeit ist die Ansicht aufgestellt worden, daß die succ. graduum in der ersten Classe sowie in der zweiten und dritten betreffs der Geschwisterkinder nicht gelte. Diese Meinung wird durch die oben gegebene historische Darstellung widerlegt.

2. Bis in die neuere Zeit war die herrschende Meinung, daß die succ. graduum erst dann eintrete, wenn die zuerst Berufenen sämmtlich weggefallen seien; so lange noch Einer von ihnen vorhanden sei, wachse ihm der Theil der Wegfallenden zu (mit anderen Worten: das ius accrescendi gehe der succ. graduum vor). In neuerer Zeit läßt man umgekehrt die succ. graduum dem ius accrescendi vorgehen. In den Quellen wird die Frage nicht behandelt; die ältere Ansicht führt zu durchaus unangemessenen Resultaten: zu einer Bevorzugung des einen Kindes des Erblassers auf Kosten des Enkels von einem anderen Kinde u. dgl.

5) § 411. Die Erbtheile.

Vangerow, §§ 421. 419.

Sind mehrere Personen zu einer Erbschaft berufen, so findet eine Theilung derselben unter ihnen statt.

I. Erklärung technischer Ausdrücke. Man versteht unter Kopftheilung (hereditas, successio dividitur in capita) eine gleichmäßige Vertheilung der Erbschaft auf die einzelnen Erben. Man versteht unter Stammtheilung (in stirpes) eine solche Vertheilung der Erbschaft, bei welcher mehreren Personen nur Ein Erbtheil zugewiesen wird, nämlich der Erbtheil derjenigen Person, an deren Stelle sie zur Erbschaft gelangen. Man versteht unter Linealtheilung (in lineas) eine Vertheilung

---

[1] Gai. 3, 12; Ulp. 26, 5; Pauli sent. rec. 4, 8. § 23. — [2] t. D. 38, 9; t. C. 6, 16: de successorio edicto. — [3] l. 4. C. de bon. lib. 6, 4; § 7. I. de leg. agn. succ. 3 2; l. 15. § 3. C. de leg. her. 6, 58. — [4] Vgl. einerseits l. 3. C. unde lib. 6, 11; andererseits l. 34. C. de inoff. 3, 28.

der Erbschaft zur einen Hälfte an die väterlichen Ascendenten des Erblassers, zur anderen Hälfte an die mütterlichen.

II. **Theilungsregeln.** In der ersten Classe erben Descendenten ersten Grades nach Köpfen, entferntere Descendenten nach Stämmen[1]. — In der zweiten Classe erben Ascendenten, wenn sie allein erben, nach Linien; innerhalb derselben Linie erben mehrere gleich nahe Ascendenten nach Köpfen[2]. Geschwister allein erben nach Köpfen. Ebenso Ascendenten zusammen mit Geschwistern. Geschwisterkinder, welche mit Ascendenten oder mit Geschwistern oder mit beiden zusammen erben, erhalten Stammtheile[3]; Geschwisterkinder allein erhalten Kopftheile — nach einer Bestimmung des Reichs-Abschiedes von Speyer v. 1529, welche einen schon unter den Glossatoren Azo und Accursius bestehenden Streit beendete. — In der dritten Classe wird wie in der zweiten getheilt[4]. — In der vierten Classe wird durchaus nach Köpfen getheilt[5]. — Folgende besondere Bemerkungen sind zu machen:

1. Unter Descendenten und Ascendenten gibt mehrfache Verwandtschaft mehrfache Erbtheile.

2. Bei Bestimmung der Theilungsart ist nicht der Zeitpunkt der Acquisition, sondern der der Delation der Erbschaft maßgebend; wenn daher Jemand mit Hinterlassung von väterlichen und mütterlichen Ascendenten und von Geschwistern stirbt, so tritt Kopftheilung ein, selbst wenn die Geschwister die Erbschaft nicht erwerben.

3. Der Ursprung der einzelnen Nachlaßbestandtheile ist gleichgiltig; nur soll, wenn der Erblasser mehrmals verheirathet war und er aus der letzten Ehe die Dos oder Donatio propter nuptias gewonnen hatte, diese den Kindern der letzten Ehe im Voraus zu Theil werden, da ja die Dos resp. Donatio propter nuptias der früheren Ehe an die Kinder aus dieser Ehe bei Eingehung der späteren fällt (§ 350 N. 2).

Dritter Titel.

Das Notherbrecht.

Bluntschli, Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach Römischem Recht, mit besonderer Berücksichtigung der Nov. 115. 1829. — Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. 1831. — Schmidt, das formelle Recht der Notherben. 1862. — Schröder, das Notherbenrecht. Erste Abth. 1877.

1) § 412. Begriff und Arten.

Vangerow, § 467.

Notherbrecht ist der Anspruch gewisser nahverwandter Personen eines Testator auf Berücksichtigung im Testament, widrigenfalls das Testament ganz oder theilweis bald nichtig bald anfechtbar ist. Man unterscheidet zwei Arten von Notherbrecht: das formelle und das materielle (oder das Pflichttheilsrecht); Derjenige, welchem das erstere zusteht, muß zum Erben eingesetzt (gleichviel in welchem Umfange) oder enterbt werden (gleichviel ob mit oder ohne

[1] Nov. 118. c. 1. — [2] Nov. 118. c. 2. — [3] Nov. 118. c. 3. pr.; Nov. 127. c. 1. — [4] Nov. 118. c. 3. — [5] Nov. 118. c. 3. § 1.

Grund); Derjenige, welchem das letztere zusteht, muß mit einem bestimmten Theil seines Intestaterbtheils (dem Pflichttheil) bedacht oder aus gutem Grunde enterbt werden. Nach den Vorschriften des formellen Notherbrechts muß der Testator eine Disposition über den Erbanspruch der Nahverwandten treffen, und es ist gleichgiltig, ob die Disposition gerecht ist oder nicht; nach den Vorschriften des materiellen Notherbrechts muß der Testator eine gerechte Disposition treffen. — Geschichtlich beginnt die Entwickelung des Notherbrechts in der Zeit nach den zwölf Tafeln (die zwölf Tafeln selbst kennen noch keine Schranken der Testirfreiheit)[1]; die Entwickelung vollzieht sich in vier Perioden, so daß vier verschiedene Notherbrechtssysteme zu unterscheiden sind:

1. Das Notherbrecht des alten Civilrechts, ein formelles Notherbrecht zu Gunsten der sui und postumi;
2. Das Notherbrecht des prätorischen Edicts, ein formelles Notherbrecht zu Gunsten der liberi;
3. Das Notherbrecht des Centumviralgerichts, ein materielles Notherbrecht zu Gunsten der Descendenten, Ascendenten und der Consanguinei;
4. Das Notherbrecht der Nov. 115, eine Verbindung des formellen und materiellen Notherbrechts zu Gunsten der Descendenten und Ascendenten.

Diese vier Systeme sollen nunmehr dargestellt und am Schluß (§ 416 a. E.) die streitige Frage erörtert werden, ob sie noch allesammt heut gelten.

2) § 413. Das Notherbrecht des alten Civilrechts.

t. D. XXVIII, 2: de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. — t. C. VI, 28: de liberis praeteritis vel exheredatis; VI, 24: de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. — t. I. II, 13: de exheredatione liberorum. — Vangerow, §§ 468—471. 473.

Nach altem Civilrecht müssen die sui und postumi (worunter man hier Die versteht, welche im Augenblick der Testamentserrichtung der Gewalt des Testators unmittelbar unterworfen sind oder es sein werden, falls der Testator länger lebt) entweder zu Erben eingesetzt oder enterbt (exheredirt) werden; unzulässig ist ihre Uebergehung im Testament (Präterition)[1].

1. Die Erbeinsetzung. Der Umfang der Erbeinsetzung ist gleichgiltig: auch die Einsetzung auf ein Minimum ist genügend. Die bedingte Einsetzung ist bezüglich eines suus filius nur dann genügend, wenn die Bedingung eine potestative ist[2], jede andere hinzugefügte Bedingung (selbst die unsittliche, welche doch sonst bei Erbeinsetzungen gestrichen wird) macht die Einsetzung des filius suus nichtig[3], es sei denn, daß er auf den Fall der Deficienz der Bedingung enterbt ist[4]; der Einsetzung der sua filia und von Enkeln können Bedingungen in dem regelmäßigen Umfange (§ 401) hinzugefügt werden[5]; der Einsetzung von Postumi und Postumä werden

---

[1] l. 120. D. de v. s. 50, 16.

[1] Gai. 2, 123—134. 138—143; Ulp. fr. 22, 14—22; pr.—§ 3. I. h. t. 2, 13. — [2] l. 4. l. 6. l. 69. l. 86. D. de her. inst. 28, 5. — [3] l. 15. D. de cond. inst. 28, 7. — [4] l. 28. pr. D. h. t. 28, 2. — [5] l. 4. pr. l. 6. § 1. D. de her. inst. 28, 5.

Bedingungen nur dann giltig hinzugefügt, wenn sie vor dem Eintreten des Postumus erfüllt werden [6].

2. Die Enterbung. Sie kann ohne allen Grund geschehen; sie ist an einige formelle Erfordernisse gebunden (sie muß rite facta sein) [7]; sie muß nämlich mit befehlenden Worten ausgesprochen werden (exheres esto, sit, erit, später te exheredavi) [8]; sie muß ferner so geschehen, daß sie sich auf alle Erben und auf die ganze Erbschaft bezieht (daher ist nichtig die Enterbung mit den Worten: filio meo decem do lego et in cetera parte exheres erit) [9]; sie muß bedingungslos geschehen [10], außer insofern unter der entgegengesetzten Bedingung eine Erbeinsetzung erfolgt ist; sie muß, falls der Testator mehrere Grade der Erbeinsetzung angeordnet, d. h. wenn er sowohl Institutionen wie Substitutionen von Erben vorgenommen hat, sich auf alle diese Grade beziehen [11]; sie muß bezüglich des suus filius individuell (nominatim) geschehen, die sua filia und die Enkel können mit der allgemeinen Formel „ceteri omnes exheredes sunto" enterbt werden (exheredatio inter ceteros) [12], von den Postumi müssen die männlichen individuell enterbt werden, bei den weiblichen genügt die exher. inter ceteros, nur muß ihnen der Testator zum Zeichen, daß er an sie gedacht, ein Legat hinterlassen [13].

3. Die Uebergehung. Bei Uebergehung eines suus filius ist das Testament (nach der später obsiegenden Ansicht der Sabinianer) [14] von Anfang an nichtig, so daß der Tod des suus filius vor dem Testator einflußlos bleibt [15]; es tritt also die Intestaterbfolge ein, und den Notherben steht die hereditatis petitio ab intestato zu (im Mittelalter querela nullitatis ex iure antiquo genannt). Bei Uebergehung einer sua filia oder von Enkeln wird das Testament rectificirt: die Uebergangenen erben zusammen mit den Eingesetzten (scriptis heredibus accrescunt), und zwar erhalten sie zusammen einen Kopftheil oder die Hälfte, je nachdem Sui oder Nichtsui eingesetzt sind [16]. Bei der Uebergehung von Postumi oder Postumä gilt der Grundsatz: testamentum rumpitur quasi agnatione sui heredis [17], d. h. das Testament wird bei der Geburt eines Postumus nichtig (test. ruptum).

Zwei Bemerkungen sind noch zu machen:

a. Nach prätorischem Recht wird das Testament, falls der präterirte suus filius abstinirt (§ 420), durch bonor. possessio secundum tabulas aufrecht erhalten [18]; ebenso wenn der präterirte Postumus vor dem Testator verstirbt (es sei denn, daß in dem rumpirten Testament ein Suus oder Emancipatus enterbt war) [19]; wohingegen, wenn ein übergangener Suus vor dem Testator verstirbt, das Testament nur dann aufrecht er-

[6] l. 22. l. 24. D. h. t. 28, 2. — [7] l. 8. § 2. D. de b. p. c. t. 37, 4. — [8] l. 2. l. 17. D. h. t. 28, 2; l. 61. D. de her. inst. 28, 5. — [9] l. 3. § 2. l. 19. D. h. t. 28, 2. — [10] l. 3. § 1. D. h. t. 28, 2. — [11] l. 3. §§ 3—5. D. h. t. 28, 2; l. 1. C. h. t. 6, 28. — [12] pr. I. h. t. 2, 13; l. 4. § 2. C. h t. 6, 28. — [13] § 1. I. h. t. 2, 13; l. 2. C. h. t. 6, 28; l. 3. pr. D. de inj. 28, 3. — [14] Gai. 2, 123; Ulp. fr. 22, 16. — [15] l. 7. pr. D. h. t. 28, 2; pr. I. h. t. 2, 13. — [16] Gai. 2, 124; Ulp. fr. 22, 17; Paul. sent. rec. 3, 4 B. § 8. — [17] § 1. I. qu. m. test. inf. 2, 17; Ulp. fr. 22, 18. — [18] l. 17. D. de inj. 28, 3. — [19] l. 12. pr. D. de inj. 28, 3; l. 13. D. de dol. mal. 44, 4.

halten wird, wenn die nächsten Intestaterben in dem nichtigen Testament eingesetzt sind[20].

b. Die Unterschiede in der Behandlung des suus filius und anderer Notherbberechtigter hat Justinian aufgehoben, und letztere dem ersteren gleichgestellt[21]. Auch hob er das Erforderniß des Gebrauches befehlender Enterbungsformeln auf[22].

3) § 414. Das Notherbrecht des prätorischen Edicts.

S. die Citate zu § 413 und t. D. XXXVII, 4: de bonorum possessione contra tabulas. — t. C. VI, 12: de bonorum possessione contra tabulas, quam praetor liberis pollicetur. — Vangerow, §§ 468—470. 472. 473.

Nach dem prätorischen Edict haben die liberi, zu denen außer den Sui und Postumi namentlich die Emancipati, sowie Diejenigen gehören, welche durch Adoption und Arrogation in eine fremde Familie getreten, später aber aus derselben wieder ausgetreten sind (§ 407), ein formelles Notherbrecht; sie müssen entweder zu Erben eingesetzt oder gehörig enterbt werden, unzulässig ist ihre Uebergehung im Testament[1].

1. Die Erbeinsetzung. Es gelten die Vorschriften des Civilrechts, jedoch genügen bedingte Einsetzungen bei allen Notherben nur dann, wenn zugleich auf den Fall der Nichterfüllung der Bedingung eine Enterbung erfolgt; fehlt diese und die Bedingung fällt aus, so liegt eine Uebergehung vor[2].

2. Die Enterbung. Es gelten die Vorschriften des Civilrechts[3], nur müssen alle männlichen Notherbberechtigten (Söhne wie Enkel) individuell enterbt werden, die weiblichen können es inter ceteros[4]; nach Justinians Verordnung (§ 413 Note 21) ist überall individuelle Enterbung erforderlich[5].

3. Die Uebergehung. Die übergangenen Liberi können die bonorum possessio contra tabulas erbitten; sind neben ihnen andere im Testament eingesetzte Liberi vorhanden, so können auch diese commisso per alium edicto die bonorum possessio contra tabulas erbitten (was ihnen namentlich dann vortheilhaft ist, wenn sie auf weniger als auf ihren Intestaterbtheil eingesetzt sind)[6]; nicht hingegen haben diejenigen Liberi, welche im Testament enterbt worden sind, eine gleiche Befugniß[7]. — Die Wirkung der ertheilten bonorum possessio contra tabulas besteht darin, daß die Contratabulanten ihren Intestaterbtheil erhalten, bei dessen Berechnung die gehörig Enterbten und Die, welche die bonorum possessio contra tabulas nicht erbitten, außer Betracht bleiben[8]. Einige Anordnungen im Testament bleiben aufrecht: die Enterbungen[9], ferner die Pupillarsubstitutionen und die den Pupillarsubstituten auferlegten

---

[20] l. 12. pr. i. f. D. de inj. 28, 3. — [21] l. 4. C. h. t. 6, 28; § 5. I. h. t. 2, 13. — [22] l. 3. C. h. t. 6, 28.

[1] Gai. 2, 129. 135—137; Ulp. fr. 22, 23; § 3. I. h. t. 2, 13. — [2] l. 3. §§ 12—14. l. 18. pr. D. h. t. 37, 4; l. 2. § 1. D. de b. p. s. t. 37, 11. — [3] l. 85. pr. — § 5. l. 18. pr. D. h. t. 37, 4. — [4] S. die Stellen in Note 1. — [5] l. 4. C. de lib. 6, 28. — [6] l. 3. § 11. l. 8. § 14. D. h. t. 37, 4; cf. l. 10. § 6. eod. — [7] l. 8. pr. l. 10. § 5. l. 20. pr. D. h. t. 37, 4. — [8] l. 8. § 14. D. h. t. 37, 4. — [9] S. die Stellen der Note 7.

Vermächtnisse[10] (außer wenn der zum Pupillarsubstituten Ernannte selbst die bonorum possessio contra tabulas erbittet)[11], ferner die regelmäßig von allen Contratabulanten zu tragenden Zuwendungen[12] (Vermächtnisse, Schenkungen von Todeswegen, Erbeinsetzungen)[13] an gewisse nahverbundene Personen (certae, exceptae personae), nämlich an Ascendenten und Descendenten des Testator, gleichviel ob sie mit ihm agnatisch oder cognatisch verwandt sind[14] (nur dürfen diese Zuwendungen allesammt nicht mehr als den Kopftheil eines Contratabulanten betragen)[15] und die Vermächtnisse dotis nomine an Frau oder Schwiegertochter (dos relegata, § 453 Note 2—4), sei es der Dos selbst oder eines Surrogats (selbst von größerem Umfange)[16]. Diese Zuwendungen sind jedoch völlig nichtig, wenn ein suus filius allein oder zusammen mit einem Emancipatus übergangen ist[17]. Wer von den Liberi selbst eingesetzt ist, aber commisso per alium edicto die bonorum possessio contra tabulas erhalten hat, braucht bloß die Zuwendungen an die nahverbundenen Personen zu entrichten[18]; ein Gleiches behaupteten einige römische Juristen, wenn er die Erbschaft aus dem Testament antritt[19], richtiger erklärten ihn Andere zur Entrichtung aller Vermächtnisse verpflichtet[20], denn in der Antretung aus dem Testament liegt eine Anerkennung des letzteren. — Durch Anerkennung des Testaments sowie dadurch, daß innerhalb eines Jahres (§ 421 Note 8) die bonorum possessio contra tabulas von Niemandem erbeten worden ist, wird das Testament angriffsfrei[21]. — Die Klage des Contratabulanten ist das int. quorum bonorum und die hereditatis petitio possessoria (§ 435 unter I. § 440 N. 1 a).

4) § 415. Das Notherbrecht des Centumviralgerichts.

t. D. V, 2; t. C. III, 28; t. I. II, 18: de inofficioso testamento. — Vangerow, §§ 474—482. 487.

Durch die Praxis des Centumviralgerichts ward ein materielles Notherbrecht ausgebildet für den Fall, daß ein Testament auf Grund der Vorschriften des formellen Notherbrechts unangreifbar ist[1]. Danach müssen Ascendenten den Descendenten (und umgekehrt) einen bestimmten Theil ihres Intestaterbtheils (legitima portio, quarta debitae portionis, debita portio) letztwillig hinterlassen; nur aus gutem Grunde können sie sie hiervon ausschließen; ein Gleiches gilt für Consanguinei, d. h. vollbürtige und von Vaters Seite halbbürtige Geschwister, falls sie eine mit irgend einem Ehrenmakel behaftete Person zu Erben einsetzen. Sind diese Vorschriften verletzt, so ist das Testament lieblos (t. inofficiosum) und es tritt ganz oder theilweis die Intestaterbfolge ein.

---

[10] l. 34. § 2. D. de vulg. s. 28, 6. — [11] l. 22. D. de vulg. s. 28, 6. — [12] t. D. 37, 5: de legatis praestandis c. t. b. p. petita. — [13] l. 1. l. 3. pr. l. 5. § 6. l. 7. D. h. t. 37, 5. — [14] l. 1. D. h. t. 37, 5. — [15] l. 7. l. 8. pr. l. 23. D. h. t. 37, 5. — [16] l. 1. pr. l. 8. § 3. — l. 10. § 1. D. h. t. 37, 5. — [17] l. 15. pr. l. 16. D. h. t. 37, 5. — [18] l. 16. D. h. t. 37, 5. — [19] l. 15. § 1. i. f. D. h. t. 37, 5. — [20] l. 16. i. f. D. h. t. 37, 5; l. 14. D. de b. p. c. t. 37, 4. — [21] l. 10. § 3. l. 14. pr. l. 15. D. de b. p. c. t. 37, 4; l. 5. § 2. D. de leg. praest. 37, 5.

[1] § 2. I. h. t. 2, 18; l. 4. C. de lib. 6, 28.

I. Pflichttheilsberechtigte Personen[2]. Die Pflichttheilsberechtigten sind ein Ausschnitt der ordentlichen Intestaterbberechtigten, daher ist es nach Justinianischem und heutigem Recht gleichgiltig, ob Jemand agnatisch oder cognatisch mit dem Testator verwandt ist (nur der sog. minus plene adoptatus hat kein Pflichttheilsrecht gegenüber dem Adoptivvater)[3]; daher verschafft die uneheliche Verwandtschaft dort, wo sie ein ordentliches Intestaterbrecht gewährt, auch ein Pflichttheilsrecht (§ 408 unter I. 1); daher haben nur Diejenigen ein Pflichttheilsrecht, welche zugleich die nächsten Intestaterbberechtigten sind[4], nicht also die Ascendenten, wenn der Testator einen unvollkommen Adoptirten hinterläßt, nicht die Halbgeschwister von Vaters Seite, falls der Testator vollbürtige Geschwisterkinder hinterläßt. Streitig ist, ob der sog. plene adoptatus dem natürlichen Vater gegenüber pflichttheilsberechtigt ist; in dem Gesetze, worin Justinian den Unterschied zwischen der vollkommenen und unvollkommenen Adoption einführte[5], nahm er dem vollkommen Adoptirten das Intestaterbrecht als Kind und das Pflichttheilsrecht gegenüber dem natürlichen Vater; da ihm durch Nov. 118 das erstere zurückgegeben wurde, so muß auch das Gleiche von letzterem gelten. Ebenso hat der natürliche Vater seit der Nov. 118 ein Pflichttheilsrecht gegenüber dem Kinde, welches er in volle Adoption gegeben hat[6]. — Die Pflichttheilsberechtigten stehen in einer gewissen Reihenfolge[7]; zuerst die Descendenten (in demselben Stamme nach Gradesnähe), sodann die Ascendenten nach Gradesnähe und zugleich mit ihnen (vorausgesetzt, daß eine mit einem Ehrenmakel behaftete Person eingesetzt wird) die vollbürtigen und die von Vatersseitehalbbürtigen Geschwister. Unter den Pflichttheilsberechtigten gilt schon in classischer Zeit die successio ordinum, in Justinianischer auch die succ. graduum (§ 410).

II. Größe des Pflichttheils. Der Pflichttheil betrug bis Justinian ein Viertel des Intestaterbtheils eines jeden Pflichttheilsberechtigten[8]; Justinian[9] erhöhte ihn auf ein Drittel resp. die Hälfte, je nachdem der Testator vier oder weniger resp. fünf oder mehr Kinder hinterläßt; die analoge Bestimmung traf er auch für die anderen Pflichttheilsberechtigten[10]. Bei Bestimmung des Pflichttheils (sowohl bei Bestimmung des Intestaterbtheils als bei der Entscheidung der Frage, ob davon ein Drittel oder die Hälfte gebühre) kommen alle Diejenigen in Betracht, welche bei der Intestaterbfolge den Pflichttheilsberechtigten als Miterben beschränken würden, auch Diejenigen, welche kein Pflichttheilsrecht haben (z. B. der sog. minus plene adoptatus), sowie auch der rechtmäßig Exheredirte[10a]; in Folge dessen wird der Pflichttheil bald größer, als er ohne die Berücksichtigung dieser Personen sein würde (z. B. von fünf Kindern ist eines giltig enterbt; der Pflichttheil eines Jeden beträgt ein Zehntel der Erbschaft, nicht ein Zwölftel; daher das Sprichwort der Neueren: exheredatus numerum facit ad augendam legitimam), bald wird er

---

[2] l. 1. D. h. t. 5, 2; l. 27. C. h. t. 3, 28. — [3] l. 10. C. de ad. 8, 48. — [4] l. 6. § 1. D. h. t. 5, 2. — [5] l. 10. C. de ad. 8, 48. — [6] l. 30. D. h. t. 5, 2. — [7] l. 14. l. 31. pr. D. h. t. 5, 2; l. 34. C. h. t. 3, 28. — [8] l. 8. § 4. D. h. t. 5, 2; l. 31. C. h. t. 3, 28; § 3. I. h. t. 2, 18. — [9] Nov. 18. c. 1. — [10] Nov. 18. c. 1. i. f. — [10a] l. 8. § 8. D. h. t. 5, 2.

kleiner (z. B. von sechs Kindern ist eines giltig enterbt, ihr Pflichttheil beträgt ein Zwölftel der Erbschaft, nicht ein Zehntel: exheredatus partem facit ad minuendam legitimam). — Streitig ist die Größe des Pflichttheils der Enkel; viele Juristen sehen bloß auf die Anzahl der Stämme, so daß, wenn Jemand Enkel von zwei Kindern hinterläßt, der Pflichttheil eines Jeden ein Drittel seiner Intestatportion ist, mag die Zahl der Enkel vier oder fünf sein; Einige sehen aber auf die Größe des Intestaterbtheils eines Jeden, d. h. betrüge der Intestaterbtheil eines Pflichttheilsberechtigten ein Viertel oder mehr des Nachlasses, so besteht nach dieser Ansicht der Pflichttheil in einem Drittel des Intestaterbtheils; er besteht hingegen in dessen Hälfte, wenn der Intestaterbtheil weniger als ein Viertel des Nachlasses betrüge. Die erste Ansicht ist die richtige; denn der Umstand, daß an Stelle des Kindes ersten Grades Kinder zweiten Grades (Enkel) getreten sind, kann auf die Testirfreiheit des Testator keinen Einfluß üben; m. a. W. der Pflichttheil kann nicht in der Person der Enkel größer werden als in der Person der Kinder. — Bei Feststellung der Größe des Intestaterbtheils ist auf den Stand des Vermögens zur Todeszeit des Erblassers unter Abzug der Begräbniß- und Inventarisationskosten zu sehen [11]; ebenso ist auf die Todeszeit des Erblassers zu sehen, wenn der Werth der als Pflichttheil hinterlassenen Gegenstände berechnet werden soll [12].

III. Art der Hinterlassung des Pflichttheils. Der Pflichttheil kann durch jede Art der letztwilligen Verfügung hinterlassen werden: durch Erbeinsetzung, Vermächtniß, Schenkung von Todeswegen [13]. Auch gewisse Zuwendungen unter Lebenden werden auf den Pflichttheil eingerechnet: die dos und donatio propter nuptias, welche der Testator als Ascendent bestellt [14], eine militia (eine verkäufliche Beamtenstelle) sowie einfache Schenkungen, wenn der Testator gleich bei der Schenkung ihre Einrechnung auf den Pflichttheil verordnet hatte [15]; von diesen Objecten sind heut die don. pr. nupt. und die militia weggefallen. Nicht eingerechnet wird, was der Pflichttheilsberechtigte nicht aus dem Vermögen des Erblassers erhält, z. B. nicht das implendae condicionis causa datum [16] (§ 460), ferner (wie Justinian in einem freilich sehr bestrittenen Gesetze [17] bestimmte) nicht der Gewinn (z. B. Früchte), welchen der Pflichttheilsberechtigte aus einer fremden Sache gezogen hat, welche ihm der Testator hinterlassen und welche der Eigenthümer später evincirt. — Der Pflichttheil ist ohne Einschränkung (Bedingung, Befristung, Auflage) zu hinterlassen; die bedingte und betagte Hinterlassung war nach vorjustinianischem Recht nichtig, bei der Hinterlassung unter einer Auflage galt letztere als nicht geschrieben; nach Justinianischem und heutigem Recht gilt jede Einschränkung als nicht geschrieben [18]. Hinterläßt der Testator mehr als den Pflichttheil unter einer Einschränkung, so erhält der Berechtigte den Pflichttheil uneingeschränkt, das Mehr unter der Einschränkung [19]; es kann jedoch der Testator den Pflichttheilsberech-

[11] l. 6. C. h. t. 3, 28; l. 8. § 9. D. h. t. 5, 2. — [12] l. 6. C. h. t. 3, 28. — [13] l. 33. pr. l. 36. pr. C. h. t. 3, 28; § 6. I. h. t. 2, 18; l. 8. § 6. D. h. t. 5, 2. — [14] l. 29. l. 30. § 2. C. h. t. 3, 28. — [15] l. 25. pr. D. h. t. 5, 2; l. 35. § 2. C. h. t. 3, 28; § 6. I. h. t. 2, 18. — [16] l. 8. § 10. D. h. t. 5, 2. — [17] l. 36. pr. C. h. t. 3, 28. — [18] l. 32. l. 36. pr. § 1. C. h. t. 3, 28; Nov. 18. c. 3. — [19] l. 36. § 1. C. h. t. 3, 28.

tigten die Wahl stellen, ob er den bloßen Pflichttheil uneingeschränkt oder mehr als den Pflichttheil, aber das Ganze unter einer Einschränkung haben wolle; diese vorsichtige Anordnung des Testator heißt cautela Socini, von dem Juristen Marianus Socinus († 1556), welcher über ein mit dieser Cautel versehenes Testament ein ausführliches Gutachten ausstellte.

IV. Ausschließung vom Pflichttheil. Die Ausschließung vom Pflichttheil ist zulässig, wenn ein guter Grund vorliegt; derselbe ist doppelter Art:

1. Eine Unwürdigkeit des Auszuschließenden [20] (sog. exheredatio notae causa); wann eine Unwürdigkeit vorliege: darüber entscheidet das richterliche Ermessen [21]; der Testator muß den Grund der Unwürdigkeit stets im Testamente anführen [22]. Wem die Beweislast in dieser Beziehung obliegt (ob dem Ausgeschlossenen oder dem eingesetzten Erben): darüber besteht in den Quellen eine Antinomie [23]; Justinianische Verordnungen gehen von der Beweislast des eingesetzten Erben aus.

2. Die wohlmeinende Absicht des Testator (sog. exheredatio bona mente), gegründet auf das eigene Interesse des Auszuschließenden, z. B. Jemand, der einen geisteskranken oder verschwenderischen Sohn hat, setzt dessen Kinder zu Erben ein und hinterläßt ihm selbst nur Alimente [24]. — Aus wohlmeinender Absicht ist es auch zulässig, den Pflichttheil unter Einschränkungen zu hinterlassen, z. B. eine Mutter setzt ihre Kinder zu Erben ein unter der Bedingung ihrer Emancipation durch den unzuverlässigen Vater [25]. Die wohlmeinende Absicht muß der Testator bei der Ausschließung anführen [26].

V. Hinsichtlich der Rechte des verletzten Pflichttheilsberechtigten sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Ist ein Pflichttheilsberechtigter gar nicht mit dem Pflichttheil bedacht noch aus gutem Grunde davon ausgeschlossen worden, so ist das Testament lieblos (t. inofficiosum); diese Lieblosigkeit läßt sich (dies war die eigenthümliche Anschauung des Centumviralgerichts) nur daraus erklären, daß man den Testator für wahnsinnig annimmt [27]; demgemäß muß ihm die Testirfähigkeit abgesprochen [28] und, insoweit der Pflichttheilsberechtigte verletzt ist, das Testament rescindirt werden [29]; es tritt insoweit die Intestaterbfolge ein und der Pflichttheilsberechtigte erhält seinen ganzen Intestaterbtheil [30]. Die Untersuchung der Lieblosigkeit des Testaments ist Gegenstand eines besonderen Processes (querela, actio, accusatio inofficiosi testamenti). Klagberechtigt ist der Pflichttheilsberechtigte selbst; verstirbt er vor der Anstellung der Klage, so ist sein Erbe nur dann klagberechtigt, wenn er selbst (der Pflichttheilsberechtigte) seinen festen Willen, die Klage anzustellen, erklärt hat [31]; descendentische Erben sind es auch

[20] l. 5. § 1. D. h. t. 5, 2; l. 7. pr. D. de bon. damn. 48, 20; l. 132. pr. D. de v. o. 45, 1. — [21] l. 3. § 5. D. de b. p. c. t. 37, 4. — [22] l. 30. pr. C. h. t. 3, 28; Nov. 115. c. 3. § 14. — [23] Zwischen l. 3. l. 5. D. h. t. 5, 2; l. 28. C. h. t. 3, 28 einerseits und l. 22. l. 30. pr. l. 34. C. h. t. 3, 28; l. 10. C. de sec. nupt. 5, 9; Nov. 97. c. 1. § 1. andererseits. — [24] l. 16. D. de cur. fur. 27, 10. — [25] l. 25. C. h. t. 3, 28; cf. l. 16. D. de b. p. c. t. 37, 4. — [26] l. 16. § 2. D. de cur. fur. 27, 10. — [27] l. 2. l. 5. D. h. t. 5, 2. — [28] l. 17. § 1. D. h. t. 5, 2. — [29] l. 8. § 16. l. 17. pr. D. h. t. 5, 2. — [30] l. 22. C. h. t. 3, 28; l. 19. D. h. t. 5, 2. — [31] l. 6. § 2. D. h. t. 5, 2.

ohne solche Erklärung, wenn der Pflichttheilsberechtigte vor dem Antritt der Erbschaft Seitens des eingesetzten Erben verstorben ist[32]. — Verklagt mit der querela inofficiosi kann nur Derjenige werden, welcher die Erbschaft auf Grund des Testaments angetreten hat[33] (denn tritt der zum Erben Eingesetzte nicht an, so wird das Testament ohnehin destitut), sowie der Universalfideicommissar und der Eripient dieses Erben[34] (§§ 426. 454). Dem zum Erben Eingesetzten sind bestimmte Fristen vorgeschrieben, in denen er sich über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft erklären soll: sechs oder zwölf Monate, je nachdem er und der Pflichttheilsberechtigte in derselben Provinz oder in verschiedenen wohnen; nach deren Ablauf wird er auf Antrag des Pflichttheilsberechtigten zum Antritt gezwungen[35]. — Der Inhalt des richterlichen Urtheils ist bestritten. Nach der herrschenden Meinung ist die quer. inoff. eine Unterart der hereditatis petitio ab intestato (§ 430 f.), daher der Richter nicht bloß das Testament aufzuheben, sondern zugleich den Verklagten zur Herausgabe der von ihm besessenen Erbschaftsgüter zu verurtheilen habe; allein in einigen Quellenzeugnissen[36] wird die Klage durchaus als Präjudicialklage (§ 80 Note 5. 6) behandelt; der Inhalt des Urtheils kann daher bloß in der Aufhebung des Testaments bestehen; jedoch kann mit der Querel die her. petitio ab intestato verbunden werden, und daraus erklären sich die Quellenzeugnisse, nach denen der Verklagte auch zur Herausgabe von Erbschaftsgütern zu verurtheilen ist[37], und in denen die Klage eine hered. petitio ex causa inofficiosi testamenti genannt wird[38]. — Das Urtheil hat nicht bloß für die Parteien verbindende Kraft, sondern, vorausgesetzt daß der Verklagte den Proceß ordentlich geführt hat[39], auch für Dritte, namentlich für Gläubiger und Schuldner der Erbschaft sowie für Vermächtnißnehmer[40]; keine Kraft hat es für Pflichttheilsberechtigte[41] resp. eingesetzte Erben[42], welche den Proceß nicht geführt haben, es sei denn, daß ein Nichtpflichttheilsberechtigter ein unrichtiges das ganze Testament aufhebendes Urtheil erzielt hat[43]. Durch das Urtheil wird das Testament bald ganz bald theilweis aufgehoben; ersteres dann, wenn als Kläger die sämmtlichen Intestaterben, als Verklagte die sämmtlichen Testamentserben in Einem Processe aufgetreten sind und sich unter den letzteren nicht selbst Intestaterbberechtigte befinden; letzteres in allen anderen Fällen[44]. Wird das Testament nur theilweis aufgehoben, so gilt das Gleiche von den hinterlassenen theilbaren Vermächtnissen (denn nicht der siegende Kläger, sondern nur Diejenigen, welche Testamentserben bleiben, sind mit den Vermächtnissen belastet)[45]; bei untheilbaren Vermächtnissen muß entweder der bleibende Testamentserbe dem Bedachten den Werth des Vermächtnisses nach Verhältniß seines Erbtheiles vergüten, oder es muß der Bedachte dem siegenden Kläger den Werth der untheilbaren

[32] l. 34. l. 36. § 2. i. f. C. h. t. 3, 28. — [33] l. 8. § 10. D. h. t. 5, 2. — [34] l. 1. l. 10. C. h. t. 3, 28. — [35] l. 36. § 2. C. h. t. 3, 28. — [36] l. 6. § 1. l. 19. D. h. t. 5, 2; Pauli sent. rec. 4, 5. § 9. — [37] z. B. l. 8. § 8. l. 16. § 1. l. 17. l. 19. D. h. t. 5, 2. — [38] l. 20. pr. D. de b. p. c. t. 37, 4; l. 34. pr. C. h. t. 3, 28. — [39] l. 17. § 1. D. h. t. 5, 2. — [40] l. 8. § 16. l. 15. § 2. l. 17. § 1. l. 28. D. h. t. 5, 2. — [41] l. 15. § 2. l. 19. D. h. t. 5, 2. — [42] l. 16. pr. D. h. t. 5, 2. — [43] l. 6. § 1. l. 25. § 1. D. h. t. 5, 2. — [44] l. 19. l. 24. l. 25. § 1. D. h. t. 5, 2; l. 13. l. 27. C. h. t. 3, 28. — [45] l. 13. C. h. t. 3, 28.

Leistung nach Verhältniß ersetzen, wogegen ihm das Vermächtniß zu Theil wird[46]. Die Pupillarsubstitution bleibt bei bloß theilweiser Rescission des Testaments bestehen[47]. — Das Anfechtungsrecht geht durch den Verzicht des Berechtigten verloren[48], sei er ein ausdrücklicher oder eine Handlung, worin eine Anerkennung des Testaments liegt, z. B. der Anfechtungsberechtigte nimmt von dem Erben ein Vermächtniß auf Grund des Testaments an, er kauft oder miethet von ihm eine erbschaftliche Sache[49]. Ferner durch fünfjährige Verjährung[50] (denn die quer. inoff. ist eine Statusklage, oben Note 27 und § 87 Note 18. 19), welche mit der Antretung der Erbschaft zu laufen beginnt[51]. Ferner zuweilen durch den Tod des Pflichttheilsberechtigten, worüber bereits oben bei Note 31. 32 gehandelt wurde.

2. Ist einem Pflichttheilsberechtigten nicht der ganze Pflichttheil hinterlassen, so verdient der Testator nicht füglich den Vorwurf der Lieblosigkeit; daher bleibt das Testament bei Kräften, der Pflichttheilsberechtigte kann jedoch mit einer persönlichen Klage (actio ad supplendam legitimam, suppletoria, expletoria) von dem Erben resp. dem Universalfideicommissar und dem Eripienten die Ergänzung des Pflichttheils verlangen[52]. Diese Klage geht nicht durch stillschweigende Anerkennung des Testaments verloren, sondern nur durch ausdrücklichen Verzicht auf das Fehlende[53]; sie verjährt erst in dreißig Jahren; sie ist stets vererblich. — Uebrigens galten die angegebenen Regeln nach vorjustinianischem Rechtnur dann, wenn der Testator dem Pflichttheilsberechtigten zwar weniger als den Pflichttheil hinterließ, gleichzeitig aber verordnete, daß, falls das Hinterlassene nicht dem vollen Pflichttheil entspreche, es bis zum Betrag des vollen Pflichttheils ergänzt werden solle; Justinian hat dieses Erforderniß aufgehoben[54].

VI. Die querela inofficiosae donationis und dotis[55]. Durch kaiserliche Constitutionen ward der Grundsatz aufgestellt, daß die Pflichttheilsberechtigten nicht durch Schenkungen unter Lebenden noch durch Dosbestellungen geschädigt werden dürfen; zu diesem Zwecke ward eine der quer. inoff. analoge[56], subsidiäre[57] quer. inofficiosae donationis und dotis eingeführt. Mit diesen Klagen kann der Pflichttheilsberechtigte eine Schenkung unter Lebenden resp. eine Dosbestellung dann anfechten, wenn sie allein oder zusammen mit vorhergehenden Schenkungen resp. Dosbestellungen soviel beträgt, daß nach dem Vermögensstande vor den fraglichen Rechtsgeschäften der Pflichttheil gar nicht oder nur zum Theil übrig bleibt; das Anfechtungsrecht tritt jedoch nicht ein, wenn der Erblasser nach den fraglichen Rechtsgeschäften soviel erwirbt, daß der Pflichttheilsberechtigte unter Berücksichtigung der neuen Vermögensvermehrung seinen Pflichttheil im Nachlaß vorfindet. — Streitig ist, ob das Anfechtungsrecht nur dann stattfindet, wenn der Erblasser die Schenkung resp. Dosbestellung in

---

[46] l. 76. pr. D. de leg. 2. (31). — [47] l. 8. § 5. D. h. t. 5, 2. — [48] l. 35. § 1. D. h. t. 3, 28. — [49] l. 8. § 10. l. 10. § 1. l. 12. l. 23. § 1. D. h. t. 5, 2. — [50] l. 16. l. 34. i. f. C. h. t. 3, 28. — [51] l. 36. § 2. C. h. t. 3, 28. — [52] l. 30. C. h. t. 3, 28; cf. l. 31. l. 36. pr. eod. — [53] l. 35. § 2. C. h. t. 3, 28. — [54] l. 30. C. h. t. 3, 28. — [55] t. C. 3, 29: de inofficiosis donationibus; 3, 30: de inofficiosis dotibus. — [56] l. 9. C. h. t. 3, 29. — [57] l. 4. C. h. t. 3, 29.

der Absicht, den Pflichttheil zu verletzen, vorgenommen hat; in den Quellen[58] wird diese Absicht bald erwähnt, bald übergangen — ein Beweis, daß sie häufig vorhanden, keineswegs aber nothwendig ist. — Die Anfechtung kann gegenüber dem Empfänger der Schenkung resp. Dos und ihren Universalsuccessoren, nicht auch gegenüber dritten Besitzern stattfinden. — Streitig ist die Wirkung der erfolgreichen Anfechtung: ob nämlich die Schenkung resp. Dos völlig oder nur bis zum Betrage des Pflichttheils aufgehoben werde? In den Quellen[59] sind beide Meinungen vertreten; die späteren Gesetze bekennen sich zur zweiten Meinung. — Die Aufhebungsgründe, welche die quer. inoff. treffen, gelten auch für die quer. inoff. donationis und dotis.

5) § 416. Das Notherbrecht der Nov. 115.

Vangerow, §§ 484—486.

Nach der Nov. 115. c. 3. c. 4. c. 5. genügt es nicht, daß Ascendenten den Descendenten (und umgekehrt) den Pflichttheil hinterlassen, vielmehr müssen sie einander zu Erben einsetzen; nur aus bestimmten, in der Novelle selbst bezeichneten Gründen können sie einander enterben. Die Verletzung dieser Vorschriften zieht die Ungiltigkeit der testamentarischen Erbeinsetzungen (nicht aber die der übrigen Bestimmungen des Testaments) und den Eintritt der Intestaterbfolge nach sich.

I. Die Erbeinsetzung. Der Umfang der Erbeinsetzung ist gleichgiltig; dieselbe kann auf weniger als den Pflichttheil geschehen, der letztere wird alsdann, wenn er nicht anderweitig hinterlassen ist, ergänzt[1]. Die Einsetzung unter einer Bedingung (die Novelle schweigt hierüber) genügt nicht, außer wenn die Bedingung eine potestative ist; die der Erbeinsetzung hinzugefügte unzulässige Bedingung ist zu streichen.

II. Die Enterbung und Uebergehung. Die Enterbung muß weder unter Beobachtung bestimmter Formen noch unbedingt erfolgen (die Novelle schweigt hierüber). Die Enterbung ist zur Ausschließung vom Nachlaß nicht erforderlich, vielmehr hat der Testator die Wahl zwischen Enterbung und Uebergehung, vorausgesetzt, daß sie wohlbegründet sind (z. B. ein Vater übergeht seine Kinder und setzt seinen Freund mit dem Zusatz zum Erben ein, daß dieser allein ihn in seiner Geisteskrankheit gepflegt habe). Gründe für die Enterbung resp. Uebergehung

1. der Descendenten durch die Ascendenten sind[2]: a) thätliche Beleidigung; b) anderweite schwere Injurie; c) Criminalanklage außer der wegen Verbrechen gegen Fürst und Staat; d) Gemeinschaft mit Giftmischern und der Zauberei Ergebenen; e) Lebensnachstellung; f) Unzucht des Sohnes mit der Stiefmutter oder der Concubine des Vaters (letzteres ist heut unpractisch); g) falsche Denunciation, welche dem Erblasser

---

[58] Einerseits l. 87. § 3. D. de leg. 2. (31); l. 1. l. 8. C. h. t. 3, 29; Vat. fr. § 270; andererseits l. 2. l. 3. l. 4. l. 6. l. 7. C. h. t. 3, 29; Vat. fr. §§ 271. 280. 282. — [59] Einerseits l. 87. § 3. D. de leg. 2. (31); andererseits l. 2. l. 5. l. 7. l. 8. C. h. t. 3, 29; l. un. C. de inoff. dot. 3, 30; Nov. 92. c. 1.

[1] Nov. 115. c. 5. pr. — [2] Nov. 115. c. 3.

großen Schaden verursacht hat; h) Verweigerung der Bürgschaft für den im Gefängniß befindlichen Erblasser durch einen männlichen Descendenten; i) Verhinderung an der Testamentserrichtung; k) Schauspieler- und Thierkämpferleben des Sohnes gegen den Willen der Eltern; l) unkeuscher Lebenswandel der Descendentin oder Heirath wider Willen der Eltern, außer wenn der Ascendent bis zu ihrem 25. Jahre sie nicht verheirathet hat; m) Vernachlässigung des geisteskranken Ascendenten; n) Versäumung des Loskaufs aus der Gefangenschaft, vorausgesetzt, daß der Descendent achtzehn Jahr alt ist; o) Ketzerei (dieser Grund ist heut unpractisch);

2. der Ascendenten durch die Descendenten sind[3]: a) Anklage wegen eines todeswürdigen Verbrechens außer wegen Hochverraths; b) Lebensnachstellung; c) Unzucht mit der Frau des Sohnes; d) Verhinderung an der Testamentserrichtung; e) Giftmischerei gegen den eigenen Ehegatten, um ihn des Lebens oder Verstandes zu berauben; f) Vernachlässigung des geisteskranken Erblassers; g) Versäumung des Loskaufs aus der Gefangenschaft; h) Ketzerei.

Den Enterbungs- resp. Uebergehungsgrund muß der Testator im Testament angeben[4]; der eingesetzte Erbe muß seine Richtigkeit beweisen[5]; er verliert bei einer Verzeihung Seitens des Erblassers seine Kraft. Neben den oben aufgezählten Enterbungsgründen gilt die exheredatio bona mente (§ 415 Note 24. 25), da die Novelle bloß die Unwürdigkeitsfälle bestimmt.

III. Die ungegründete Enterbung resp. Uebergehung zieht die Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen und das Eintreten der Intestaterbfolge nach sich; die übrigen testamentarischen Bestimmungen (Vermächtnisse, Pupillarsubstitution, Vormundsbestellung) bleiben giltig[6]. Die Natur der Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen ist streitig. Nach dem sog. Nullitätssystem (aufgestellt vom Glossator Martinus) sind die Erbeinsetzungen nichtig und die Klage der Intestaterben ist die hereditatis petitio ab intestato (sog. querela nullitatis ex iure novo); die Anhänger dieser Meinung streiten unter sich darüber, ob die Nichtigkeit eine absolute oder relative sei (§ 64 unter I. 1), d. h. ob die Erbeinsetzungen schlechthin nichtig seien (also auch dann, wenn der verletzte Notherbe zur Zeit des Todes des Erblassers nicht mehr lebt) oder nur dann, wenn beim Tode des Erblassers der verletzte Notherbe noch vorhanden ist und sein Notherbrecht geltend macht. Nach dem sog. Inofficiositätssystem (vom Glossator Bulgarus) sind die Erbeinsetzungen anfechtbar mit der querela inofficiosi. Nach dem sog. gemischten System (vom Glossator Joannes Bassianus) sind die Erbeinsetzungen bald nichtig, bald anfechtbar, je nachdem im Testament überhaupt kein oder ein unwahrer Enterbungs- resp. Uebergehungsgrund angeführt ist. — Das gemischte System ist unbedingt verwerflich, da in der Novelle kein Unterschied zwischen ungegründeter und falschbegründeter Enterbung resp. Uebergehung gemacht wird: ubi lex non distinguit, iudici non licet distinguere. Bezüglich der beiden anderen Systeme ist zu erwägen, daß die Novelle durch die Vorschrift, es sollen

---

[3] Nov. 115. c. 3. pr. c. 4. pr. — [4] Nov. 115. c. 3. pr. § 14. — [5] Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 9. — [6] Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 9.

Ascendenten die Descendenten (und umgekehrt) in irgend welchem Umfange zu Erben einsetzen, sich unverkennbar an die Bestimmungen des altcivilen Notherbrechts anlehnt; daher muß bei Uebertretung dieser Vorschrift Nichtigkeit eintreten und zwar die sog. absolute Nichtigkeit (wie im alten Civilrecht, vgl. § 413 Note 15); in der That weisen einige Worte der Novelle selbst hierauf hin[7]. Die wichtigsten praktischen Folgen dieser Ansicht sind, daß die Klage der verletzten Notherben erst in dreißig Jahren verjährt (nicht in fünf), daß sie ferner, wenn der Verletzte vor ihrer Anstellung stirbt, stets auf seine Erben übergeht (vgl. § 415 Note 31. 32), daß endlich der Verletzte, wenn er mit der Klage abgewiesen ist, nicht zu den ihm im Testamente ausgesetzten Vermächtnissen unwürdig ist (vgl. § 426 Note 22).

IV. Verhältniß der Novelle zum vorjustinianischen Recht. Unstreitig ist das Verhältniß der Novelle zu dem in der Praxis des Centumviralgerichts entwickelten Recht: hinsichtlich der Geschwister hat die Novelle überhaupt nichts geändert, erst nach dem § 34 des Reichsstrafgesetzbuches von 1871 ist das Pflichttheilsrecht der Geschwister für weggefallen zu erachten (vgl. § 27 unter II. 4 und III); Descendenten und Ascendenten haben nach wie vor ein Pflichttheilsrecht, allein zu dessen Geltendmachung dient ihnen nicht mehr die quer. inofficiosi, sondern bloß die act. suppletoria[8]; denn nur, wenn ihnen durch Erbeinsetzung etwas zugewendet worden ist, sind sie auf den Pflichttheil beschränkt; entgegengesetzten Falles tritt ihr umfassenderes Recht auf Erbeinsetzung ein, welches sie mit der quer. nullitatis ex iure novo geltend machen. — Sehr streitig ist das Verhältniß der Novelle zum formellen (civilen und prätorischen) Notherbrecht: besteht letzteres neben der Novelle fort (Corrections- oder Additionalsystem) oder ist es durch die Novelle aufgehoben (Derogations- oder Reformsystem)? Muß z. B. die Enterbung von Sui und Liberi eine rite facta sein oder gilt ihre formlose Enterbung? Sind, wenn Sui und Liberi im Testamente übergangen werden, die ausgesetzten Vermächtnisse ungiltig oder giltig? Mit keinem Worte deutet die Novelle die Aufhebung des formellen Notherbrechts an; für das Derogationssystem spricht bloß der Umstand, einerseits daß das Nebeneinanderbestehen von vier Notherbrechtssystemen den Rechtszustand in eine wahre Calamität versetzt, andererseits daß Justinian der Vereinfachung der Rechtsregeln durch Aufhebung veralteter Vorschriften sehr zugethan ist; allein dies genügt nicht, um die Richtigkeit des Derogationssystems zu beweisen.

6) § 417. Das sog. außerordentliche Notherbrecht.

Vangerow, §§ 488. 252.

Die Forderung, welche der armen Wittwe am Nachlaß des Mannes, sowie dem unmündig Arrogirten an dem des Arrogator zusteht (§ 409), kann ihnen nicht durch Enterbung vom Erblasser entzogen werden, selbst

[7] c. 3. (penitus non licere filium praeterire . . . .) c. 4. § 9. (nullam vim hujusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum sancimus habere). —
[8] Nov. 115. c. 5. pr.

wenn gerechte Gründe vorhanden sind[1]. Man begreift sie unter dem Namen des außerordentlichen Notherbrechts — eine ungenaue Bezeichnung, da Jenen eben nur eine Forderung zusteht. — Die Klage behufs Anfechtung von Veräußerungen, welche der Arrogator bei Lebzeiten zur Benachtheiligung des Arrogirten vorgenommen hat, heißt, wenn er mit Hinterlassung eines Testaments verstorben ist, act. quasi Faviana[2]; vgl. § 409 Note 8.

7) § 418. Kritik des Römischen Notherbrechts.

In des Menschen Brust ist das Gefühl lebendig, daß Eltern für ihre Kinder arbeiten und sammeln[1]. Sucht man dieses Gefühl mit dem Institut des Testaments zu versöhnen, so gelangt man zu einer Vermittlung: dem Pflichttheil und zu der Entziehung desselben aus guten Gründen. Im Pflichttheil ist das Recht der Kinder am Vermögen der Eltern anerkannt, über den Pflichttheil hinaus und in der Entziehung des Pflichttheils besteht die Testirfreiheit der Eltern. Da das Erbrecht seinem innersten Wesen nach ein wechselseitiges ist, so ist es auch das Pflichttheilsrecht; auch die Eltern haben ein Pflichttheilsrecht am Nachlaß der Kinder. Diesen Erwägungen gegenüber entsteht die Frage, weshalb das Institut des Pflichttheils im Römischen Recht sich erst so spät gebildet? weshalb vor wie nach ihm sich ein formelles Notherbrecht entwickelt hat? Hierauf ist Folgendes zu antworten:

Den zwölf Tafeln war jede Schranke der Testirfreiheit unbekannt; natürlich ward diese oft mißbraucht und den Kindern (damals den sui et postumi) das Erbrecht versagt; die zu jener Zeit äußerst sparsame Gesetzgebung schritt gegen den Mißbrauch nicht ein, und daher sahen die Juristen es als ihre Pflicht an, in ihren Responsa dem Mangel durch Interpretation der Gesetze abzuhelfen[2]. Freilich war die Interpretation eine durchaus sophistische und das Resultat ein höchst unvollkommenes. Ausgehend von der Volksanschauung, wonach Kinder schon bei Lebzeiten des Vaters als Miteigenthümer seines Vermögens gelten, erklärten die Juristen, daß der Vater kraft seiner Gewalt über die Kinder ihr (angebliches) Miteigenthum ihnen nehmen (sie enterben) oder es auf ein Minimum beschränken (sie in irgend welchem Umfange zu Erben einsetzen) könne; allein, wenn er von seiner väterlichen Gewalt keinen Gebrauch mache (wenn er die Kinder übergehe), so verwandle sich bei seinem Tode das (angebliche) Miteigenthum der Kinder in Alleineigenthum, und das Testament sei nichtig[3]. Daneben stellten die Juristen den Grundsatz auf: exheredationes non esse adiuvandas[4], und griffen nach jeder Gelegenheit, um die Enterbungen für nichtig zu erklären (daher das Erforderniß, daß die Enterbung rite facta sei, welches vielfach in reine Chicane ausartet). — Das prätorische Edict hat die Materie des Notherbrechts sehr wenig gefördert: es hat im Wesentlichen bloß die von den Juristen festgestellten Grundsätze von den Sui auf die Liberi übertragen. — Erst das

---

[1] Nov. 53. c. 6. § 3. I. de ad. 1, 11. — [2] l. 13. D. si quid in fr. 38, 5.

[1] Vgl. Roscher, Nationalökonomie § 86. — [2] l. 120. D. de v. s. 50, 16. — [3] l. 11. D. de lib. 28, 2; § 2. I. de her. qual. 2, 19. — [4] l. 19. D. de lib. 29, 2.

Centumviralgericht, welches in Erbschaftsprocessen competent war, erkannte das Ungenügende des formellen Notherbrechts, und entwickelte in seiner Praxis das Pflichttheilsrecht; freilich mußte es dasselbe, da ihm die gesetzgebende Gewalt fehlte, auf eine unwahre Grundlage basiren: auf die Fiction, daß die Lieblosigkeit des Testator aus seinem Wahnsinn zu erklären sei; diese Fiction hinwiederum führte zu bedeutenden Unvollkommenheiten, z. B. daß der verletzte Pflichttheilsberechtigte den vollen Intestaterbtheil erhält, daß der Pflichttheilsberechtigte, wenn der Erblasser ersichtlich keiner Lieblosigkeit bezichtigt werden kann, keinen Anspruch hat[5]; daß das Testament häufig nur theilweis aufgehoben wird, der Testator also theilweis für wahnsinnig, theilweis für geistig gesund gilt. — Hieraus ergibt sich die Aufgabe, welche Justinian gestellt war; er hätte das formelle Notherbrecht aufheben, und das Pflichttheilsrecht von seiner unwahren Grundlage befreien müssen. Indem er statt dessen das formelle Notherbrecht auf Ascendenten und Descendenten übertrug, hat er eine Regel, zu welcher die republikanischen Juristen vermöge sophistischer, durch ihre Ohnmacht gebotener Interpretation gelangten, als gesetzgeberische Weisheit erklärt. Das von Justinian Versäumte haben die Particulargesetzgebungen der Neuzeit nachgeholt; sie haben das formelle Notherbrecht aufgehoben und das Pflichttheilsrecht auf seine wahre Grundlage basirt; daher erhält nach ihnen der verletzte Pflichttheilsberechtigte, wenn er das Testament anficht, in der Regel nur den Pflichttheil.

Drittes Capitel.

Die Verwirklichung und die Aufhebung der Delation.

t. D. XXIX, 2: de acquirenda vel omittenda hereditate. — t. C. VI, 30: de iure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate. — t. I. II, 19: de heredum qualitate et differentia.

Erster Titel.

Die Verwirklichung der Delation oder der Erwerb der Erbschaft.

I. Die hereditas.

1) § 419. Erwerb durch Antretung.

Vangerow, §§ 498. 499.

Verwirklicht wird die Delation durch den Erwerb der Erbschaft. **Der Erwerb der hereditas geschieht regelmäßig durch Antretung (aditio hereditatis), d. h. durch eine Erklärung des Delaten, er wolle sie annehmen; daher ist der heres regelmäßig ein heres *voluntarius*.** Wie bei jedem Rechtsgeschäft (§ 49 — § 63), so ist auch bei der Antretung einer Erbschaft erforderlich: 1) daß der Antretende die Fähigkeit zu handeln habe, 2) daß sein Wille

---

[5] l. 8. § 5. D. h. t. 5, 2; cf. l. 3. C. h. t. 3, 28.

auf die Vornahme des Rechtsgeschäfts gerichtet sei, und 3) daß er diesen Willen erkläre; dazu tritt im vorliegenden Falle **zuweilen** noch ein viertes Erforderniß, nämlich 4) daß die Willenserklärung innerhalb einer gewissen Frist abgegeben werde.

ad 1. **Die Fähigkeit anzutreten.** In der Regel kann nur Derjenige die hereditas antreten, welcher verpflichtungsfähig ist, denn der Erwerb der Erbschaft zieht Verpflichtungen nach sich (§ 427); daher kann ein Geisteskranker überhaupt nicht antreten; Bevormundete, die über die Kindheit hinaus sind, können es, vorausgesetzt, daß der Vormund zustimmt [1] (auctore tutore, consentiente curatore); auffallender Weise ist auch einem bevormundeten Infans der Antritt tutore auctore gestattet [2] (§ 369 Note 11), ferner dem Verschwender, ohne daß er der Zustimmung des Curator bedarf [3]; für Hauskinder gelten dieselben Regeln wie für Bevormundete, nur daß an Stelle der vormundschaftlichen Zustimmung die väterliche tritt [4]; ertheilt der Vater diese nicht, so kann (nach einer Verordnung Justinians) [5] das Hauskind, falls es über die Kindheit hinaus ist, selbständig antreten und die erworbene Erbschaft wird alsdann adventicium irregulare (§ 357 Note 3).

ad 2. **Der Wille, die hereditas anzutreten,** kann in der Regel nur vom Delaten persönlich ausgehen, Stellvertretung ist also hiebei in der Regel unzulässig [6]; ausnahmsweise wird (schon nach classischem Recht) eine juristische Person von ihrem Vorstand [7], ferner (nach einer Verordnung von Theodos und Valentinian) [8] ein Infans von seinem Vater (mag er die Gewalt haben oder nicht) resp. von seinem Vormund, endlich nach einem Gesetz Justinians [9] ein Geisteskranker von seinem Gewalthaber vertreten; steht der Geisteskranke nicht in väterlicher Gewalt, so gelten besondere Vorschriften (§ 423 unter 3). — Damit der Wille, die Erbschaft anzutreten, Geltung habe, müssen nicht bloß die objectiven Voraussetzungen der Delation vorhanden sein, sondern es muß auch der Delat das Vorhandensein derselben **kennen** [10]. Daher ist die Antretung nichtig, wenn der Delat irrthümlich die Delation für nicht geschehen hält (z. B. er glaubt irrthümlich, daß der Testator noch lebe oder daß er keine Testirfähigkeit gehabt habe [11], daß er unter einer noch schwebenden Bedingung eingesetzt sei, daß die Bedingung, unter welcher er eingesetzt ist, noch schwebe [12] u. dgl.) [13]; sie ist ferner nichtig, wenn der Delat über die Natur des Delationsgrundes irrt (er hält sich für einen Intestaterben, während er durch Testament berufen ist) [14] oder wenn er über sein Verhältniß zur Delation irrt (er hält sich für einen heres necessarius — § 420 —, während er ein heres voluntarius ist) [15]. Auch dann ist die

---

[1] l. 8. pr. l. 9. D. h. t. 29, 2; l. 9. § 3. D. de auct. 26, 8; l. 18. § 4. C. h. t. 6, 30. — [2] l. 65. § 3. D. ad sct. treb. 36, 1. — [3] l. 5. § 1. D. h. t. 29, 2. — [4] l. 18. § 4. C. h. t. 6, 30. — [5] l. 8. pr. § 1. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [6] l. 2. D. de off. proc. 1, 19; l. 90. pr. D. h. t. 29, 2; l. 5. C. h. t. 6, 30. — [7] l. 6. § 4. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 1. § 1. D. de lib. un. 38, 3. — [8] l. 18. pr. §§ 2. 3. i. f. C. h. t. 6, 30. — [9] l. 7. pr. C. de cur. fur. 5, 70. — [10] l. 76. D. de r. j. 50, 17. — [11] l. 32. pr. l. 17. pr. l. 22. D. h. t. 29, 2. — [12] l. 32. § 1. D. h. t. 29, 2; l. 21. D. de cond. 35, 1. — [13] l. 30. § 3. D. h. t. 29, 2. — [14] l. 17. § 1. l. 22. D. h. t. 29, 2. — [15] l. 15. l. 16. D. h. t. 29, 2.

Antretung nichtig, wenn der Delat an dem Vorhandensein der objectiven Voraussetzungen der Delation zweifelt[16]. Wohl aber gilt die Antretung, wenn der Delat über seine Fähigkeit zur Antretung (ob er sui iuris, ob er verpflichtungsfähig sei)[17], über die Größe des ihm deferirten Erbtheils[18], über den Umfang des Nachlasses im Irrthum oder Zweifel ist[19]; nur wenn der Delat ausdrücklich einen bestimmten unrichtigen Erbtheil antritt, so gilt die Antretung nicht[20]. — Ist die Antretung durch Betrug oder Drohungen herbeigeführt, so gilt sie, doch kann der Antretende vom Betrüger sowie von dem Drohenden Schadensersatz fordern (§ 51); im Falle der Drohung kann er die Antretung selbst (durch in integrum restitutio) rückgängig machen[21]. — Die Antretung muß unbedingt und ohne Vorbehalt geschehen[22]; sonst ist sie nichtig; nur der Vorbehalt ist durch eine Justinianische Verordnung zulässig geworden, daß der Antretende bloß auf Höhe der Erbschaft für die Schulden haften wolle (§ 427 Note 7). — Sind Jemandem mehrere Erbtheile deferirt, so muß er sie sämmtlich entweder antreten oder ablehnen; tritt er nur den einen an, so gilt dies auch von dem anderen[23]. Tritt Jemand zu einem geringeren Theile an, als ihm deferirt ist, so wird er dennoch in dem Umfang Erbe, in welchem ihm deferirt ist[24].

ad 3. Die Antrittserklärung braucht, seitdem die Cretio von Theodos aufgehoben worden ist[25], in keinem Falle mehr persönlich vom Delaten abgegeben zu werden; dieser kann sich vielmehr eines Vertreters bedienen[26]. — Eine Form der Erklärung ist (seit Aufhebung der Cretio) nicht mehr zu beobachten; die Erklärung kann sowohl ausdrücklich geschehen (hereditatis aditio im engeren Sinne) als auch durch concludente Handlungen (gewöhnlich pro herede gestio genannt)[27].

ad 4. Eine Frist zur Antretung der hereditas ist gesetzlich nicht vorgeschrieben[28]; aber es gibt zwei Mittel, um sie zu beschleunigen:

a. Es kann der Erblasser im Testament dem Eingesetzten die Pflicht auferlegen, die Erbschaft binnen einer gewissen Frist anzutreten[29]; bei den Römern ward diese Frist (dies cretionis) zugleich mit der Auflage einer feierlichen Antretung (cretio) häufig als Bedingung der Erbeinsetzung hinzugefügt[30].

b. Die Gläubiger können den Delaten befragen, ob er die hereditas annehme oder ausschlage, und sie können, falls er die Antwort verweigert, die Eröffnung des Concurses über den Nachlaß verlangen[31]. Die Concurseröffnung kann der Delat (nach dem prätorischen Edict) dadurch verhindern, daß er sich zur Beantwortung der Frage eine Ueberlegungsfrist

---

[16] l. 19. l. 32. § 1. l. 93. pr. l. 30. § 1. sqq. l. 32. § 2. l. 34. pr. l. 46. D. h. t. 29, 2. — [17] l. 6. § 4. l. 34. pr. l. 96. D. h. t. 29, 2. — [18] l. 5. § 1. D. si pars her. 5, 4; l. 21. § 3. D. h. t. 29, 2. — [19] §§ 5. 6. I. h. t. 2, 19. — [20] l. 75. D. h. t. 29, 2. — [21] l. 40. D. de dolo 4, 3; l. 21. §§ 5. 6. D. quod met. 4, 2; l. 85. D. h. t. 29, 2. — [22] l. 51. § 2. D. h. t. 29, 2. — [23] l. 2. l. 10. l. 80. pr. § 1. D. h. t. 29, 2. — [24] l. 1. l. 10. D. h. t. 29, 2. — [25] Gai. 2, 164—166; Ulp. 22. 24. 27. 28; l. 17. C. h. t. 6, 30. — [26] l. 65. § 3. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 4. C. h. t. 6, 30. — [27] l. 6. C. h. t. 6, 30; § 7. I. h. t. 2, 19. — [28] Gai. 2, 167. — [29] l. 72. D. h. t. 29, 2. — [30] S. die Stellen in Note 25. — [31] l. 2. l. 3. l. 5. l. 6. D. de int. in j. 11, 1; Gai. 2, 167.

(spatium deliberandi) erbittet[32]; diese Frist bestand nach vorjustinianischem Recht gewöhnlich in hundert Tagen[33]; nach einer Justinianischen Verordnung[34] kann sie der Richter auf höchstens neun Monat, der Fürst auf höchstens ein Jahr normiren. Innerhalb der Frist kann der Delat sich über den Bestand der Erbschaft unterrichten und, falls er ein Kind des Erblassers ist, Alimente daraus entnehmen[35]; er kann ferner, falls der Richter nicht einen curator hereditatis iacentis ernannt hat[36] (— dies hängt vom richterlichen Ermessen ab —), unaufschiebliche Verwaltungshandlungen vornehmen; innerhalb der Frist soll er ein Inventar der Erbschaft aufmachen und endlich eine Erklärung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft abgeben. Die Gläubiger können innerhalb der Frist den Delaten nicht auf Zahlung belangen, nach der Reichsconcursordnung § 204 können sie jedoch die Concurseröffnung über den Nachlaß beantragen, wenn derselbe überschuldet ist. Läuft die Frist ohne Erklärung des Delaten ab, so gilt der Delat nach vorjustinianischem Recht[37] als Ausschlagender, nach der Verordnung Justinians[38] als Antretender; schlägt er innerhalb der Frist aus, ohne ein Inventar aufgemacht zu haben, so können die Gläubiger nach der Verordnung Justinians[38] den Betrag der Erbschaft durch ihren Würderungseid feststellen, nach § 260 der Reichscivilproceßordnung haben die Gläubiger jedoch kein Recht, zum Schätzungseid zugelassen zu werden, sondern es hängt die Verstattung hiezu vom richterlichen Ermessen ab. — Streitig ist, ob die mit Vermächtnissen Bedachten sowie Diejenigen, welche nach dem Delaten ein Erbrecht haben würden (die Substituten nach den Instituten, die Intestaterben nach den Testamentserben) gleichfalls vom Delaten eine Antwort über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft verlangen können, und ob es auch in Folge hievon zum Setzen einer Ueberlegungsfrist kommen kann; ausdrücklich wird die Frage in den Quellen nicht behandelt[39], doch spricht für ihre Bejahung die Analogie. — Der Delat kann sich auch freiwillig und ohne gedrängt zu sein, eine Ueberlegungsfrist erbitten[40].

c. Ueber die Frist, welche dem unter einer positiven Potestativbedingung Eingesetzten behufs Erfüllung der Bedingung gestellt werden kann, ist in § 401 Note 18 gehandelt worden; ebenso in § 415 Note 35 von der Frist, welche dem im Testament zum Erben Eingesetzten gestellt werden kann, wenn ein Pflichttheilsberechtigter das Testament anfechten will.

2) § 420. Erwerb von Rechtswegen.

Vangerow, § 497.

I. Nach Civilrecht erwerben sui et necessarii heredes die hereditas in dem Augenblick der Delation ipso iure, d. h. ohne ihr Wissen und ohne ihren Willen, ja selbst gegen

[32] l. 9. C. h. t. 6, 30; l. 5. D. de int. in j. 11, 1. — [33] l. 2. D. de jure del. 28, 8. — [34] l. 22. § 13. C. h. t. 6, 30. — [36] l. 5.—l. 7. l. 9. D. de j. del. 28, 8; l. 28. D. h. t. 29, 2. — [35] l. 8. l. 9. D. qu. ex caus. in poss. 42, 4; l. 22. § 1. D. de reb. auct. jud. 42, 5. — [37] Gai. 2, 167. — [38] l. 22. § 14. C. h. t. 6, 30. — [39] Auch nicht in l. 69. D. h. t. 29, 2. wie man gewöhnlich annimmt. — [40] l. 22. § 15. C. h. t. 6, 30.

ihren Willen[1]; es sind dies die Hauskinder, welche bei dem Tode des Erblassers seiner Gewalt unmittelbar unterworfen sind resp. (als Postumi) es sein würden, wenn der Erblasser länger gelebt hätte; ferner Diejenigen, welche zwar nur mittelbar der Gewalt des Erblassers unterworfen sind, deren zwischenstehender Ascendent aber giltig ausgeschlossen worden ist[2]; die Natur der Pupillarsubstitution bringt es mit sich, daß wenn der Vater Jemanden, der seiner Gewalt unmittelbar unterworfen ist, zum Pupillarsubstituten macht, dieser den Unmündigen ipso iure beerbt[3].

II. Das prätorische Recht. Der dargestellte civilrechtliche Grundsatz fügt, falls die Erbschaft überschuldet ist, den Sui einen unverdienten Schaden zu. Nach Civilrecht kann der Erblasser diesen Schaden dadurch von den Sui abwenden, daß er sie unter der Bedingung, „wenn sie wollen", zu Erben einsetzt[4]. Eine durchgreifende Hilfe brachte erst das prätorische Edict[5]. Danach hat jeder Suus das sog. beneficium abstinendi, d. h. er kann sich der väterlichen Erbschaft dadurch entschlagen, daß er sich in dieselbe nicht einmischt; stirbt er, ohne seine Erbeseigenschaft zu kennen, so kann auch sein Erbe sich noch jenes Nachlasses entschlagen[6]. Die Abstention ist weder an eine bestimmte Form[7] noch an eine Frist gebunden, doch kann dem Suus ein spatium deliberandi gesetzt werden[8]. — Macht ein Suus von dem ben. abst. Gebrauch, so behält er nur noch den Namen eines heres[9]; in Wahrheit gilt sein Erbtheil als nichterworben, und es wird bezüglich desselben die bonorum possessio zu Gunsten der Substituten, Miterben, Intestaterben eröffnet[10]; doch bleiben, wenn die Erbschaft dem Suus auf Grund eines Testaments deferirt wurde, gewisse testamentarische Verordnungen (die Vulgar- und Pupillarsubstitution, das Universalfideicommiß, die Freilassungen) bei Kräften[11]. — Das ben. abst. geht durch Einmischung in die Erbschaft (Immixtion) verloren[12], d. h. dadurch, daß der Suus Handlungen vornimmt, aus denen seine Absicht, die Erbschaft zu behalten, hervorgeht, (z. B. er cassirt Forderungen ein, er nimmt Erbschaftssachen in Besitz); nur den Unmündigen schadet die Einmischung nicht[13], Minderjährige können sich dagegen restituiren lassen[14]; ferner geht das ben. abst. zur Strafe dadurch verloren, daß der Suus Erbschaftssachen in gewinnsüchtiger Absicht bei Seite schafft[15] oder daß er sie durch heimlich angestellte Mittelspersonen an sich bringt[16]. — Der Suus kann von der Abstention zurücktreten, nur muß er dies binnen drei Jahren von der

---

[1] l. 15. l. 16. D. h. t. 29, 2; pr. §§ 1—3. I. h. t 2, 19. — [2] l. 6. §§ 5. 6. D. h. t. 29, 2; l. 13. D. de bon. lib. 38, 2. — [3] l. 2. § 1. l. 10. § 1. D. de vulg. s. 28, 6. — [4] l. 12. D. de cond. inst. 28, 7; l. 86. D. de her. inst. 28, 5. — [5] § 2. I. h. t. 2, 19. — [6] l. 7. § 1. D. h. t. 29, 2. — [7] l. 12. D. h. t. 29, 2. — [8] l. 7. pr. l. 8. D. de jure del. 28, 8; l. 19. C. h. t. 6, 30. — [9] l. 2. § 8. D. ad sct. tert. 38, 17; l. 20. § 4. D. h. t. 29, 2; l. 12. pr. D. de int. i. j. 11, 1. — [10] l. 44. D. de re jud. 42, 1; l. 55. l. 56. D. h. t. 29, 2; l. 1. § 7. D. si quis om. c. t. 19, 4; l. 6. C. de leg. her. 6, 58. — [11] l. 44. D. de re jud. 42, 1; l. 2. § 1. l. 12. D. de vulg. s. 28, 6; l. 79. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 32. D. de man. test. 40, 4. — [12] l. 20. § 4. l. 87. pr. D. h. t. 29, 2; § 5. I. h. t. 2, 19. — [13] l. 11. l. 57. pr. D. h. t. 29, 2. — [14] l. 57. § 1. D. h. t. 29, 2; l. 7. § 5. D. de min. 4, 4. — [15] l. 71. §§ 3—9. D. h. t. 29, 2. — [16] l. 91. D. h. t. 29, 2.

Abstention an gerechnet thun; ist die Erbschaft von den Gläubigern verkauft, so kann er überhaupt nicht mehr die Abstention zurücknehmen[17].

II. § 421. Erwerb der bonorum possessio.

Vangerow, § 500.

Ueber den Erwerb der bonorum possessio gelten folgende Grundsätze:

1. Der Wille, die bonorum possessio zu erbitten, kann in der Regel nicht von einem gesetzlichen Vertreter ausgehen; nur das Hauskind im Kindesalter kann durch den Vater[1], der Unmündige durch den Vormund[2], die juristische Person durch den Vorstand[3] vertreten werden. Dahingegen kann der Delat einem gewählten Vertreter (Mandatar) die Entscheidung über die Erbittung der bonorum possessio überlassen[4]. — Die Erbittung kann auch dann erfolgen, wenn noch ungewiß ist, ob die testamentarische oder die Intestaterbfolge eintreten werde[5]. — Im Uebrigen gelten die Grundsätze der hereditas.

2. Die bonorum possessio muß bei einer Behörde erbeten werden (bonorum possessionem agnoscere, petere, admittere), ursprünglich bei der competenten Behörde, später bei irgend einem Richter[6]; die prätorischen Erben sind demnach immer freiwillige Erben. — Die Erbittung kann der Delat persönlich oder durch einen Stellvertreter erklären[7].

3. Die Zeit der Erbittung ist von Anfang an bestimmt; sie beträgt, wenn der Berufene ein Descendent oder Ascendent des Erblassers ist, ein Jahr, in anderen Fällen hundert Tage; beide Fristen werden utiliter berechnet (§ 74 Note 15); wird innerhalb dieser Frist die bonorum possessio nicht erbeten, so ist sie verloren[8]. Andererseits kann Derjenige, welcher nach Wegfall des gegenwärtig Berufenen ein Erbrecht hat (z. B. ein Substitut), schon im Voraus die bonorum possessio für den Fall seiner späteren Berufung erbitten[9].

III. § 422. Heutiges Recht.

Ueber den Erwerb der Erbschaft gelten heutzutage die Grundsätze der hereditas; doch vertritt nach der Praxis der Vater das minorenne Hauskind, der Vormund den wegen jugendlichen Alters Bevormundeten bei der Antretung der Erbschaft. Bestritten ist, ob der Delat die Entscheidung über die Antretung der Erbschaft einem Mandatar überlassen könne (wie dies bei der bonorum possessio zulässig war, § 421 Note 4); die Bejahung der Frage ist der ausgedehnteren Zulässigkeit der Stellvertretung im heutigen Recht (§§ 65. 223) durchaus entsprechend. —

---

[17] l. 8. D. de jure del. 28, 8; l. 6. C. h. t. 6, 31.

[1] l. 7. § 1. D. de b. p. 37, 1; l. 18. pr. C. h. t. 6, 30; l. 7. pr. C. de cur. fur. 5, 70. — [2] l. 65. § 3. D. ad sct. Treb. 36, 1; l. 7. § 1. l. 8. l. 11. D. de b. p. 37, 1; l. 11. D. de auct. 26, 8; l. 7. C. qui adm. 6, 9; l. 18. § 2. D. h. t. 6, 30. — [3] l. 3. § 4. D. de b. p. 37, 1. — [4] l. 48. D. h. t. 29, 2; l. 3. § 7. l. 15. l. 16. D. de b. p. 37, 1. — [5] l. 84. D. h. t. 29, 2; l. 4. § 3. l. 5. D. de b. p. c. t. 37, 4. — [6] l. 9. C. qui adm. 6, 9; § 10. I. de b. p. 3, 9. — [7] l. 3. § 7. D. de b. p. 37, 1. — [8] § 9. I. de b. p. 3, 9. — [9] l. 9. C. qui adm. 6, 9.

IV. § 423. Provisorischer Erwerb der Erbschaft.

Vangerow, §§ 511. 511a. 512.

In einigen Fällen ist der provisorische Erwerb einer Erbschaft zulässig, d. h. der Antretende gilt vorläufig als Erbe[1], durch das spätere Eintreten oder Nichteintreten eines Umstandes wird entschieden, ob er Erbe oder Nichterbe ist. Die Fälle sind folgende:

1. Der unter einer Bedingung zum Erben Eingesetzte kann während schwebender Bedingung die bonorum possessio agnosciren (§ 401 Note 14).

2. Hängt das Erbrecht eines Unmündigen davon ab, ob er zu den Kindern des Erblassers gehört, und wird ihm die Kindeseigenschaft bestritten, so soll nach dem edictum Carbonianum[2] die Behörde hierüber eine summarische Untersuchung anstellen; wird bei dieser Untersuchung die Behauptung des Unmündigen nicht für offenbar unrichtig befunden[3], so werden ihm vorläufig die Kindesrechte gewährt und es wird ihm bis zu entschiedenem Processe resp. bis zu seiner Mündigkeit die bon. possessio (Carboniana) ertheilt[4]. Zugleich hat die Behörde darüber zu befinden, ob das Interesse die sofortige Verhandlung des Processes oder seine Verschiebung bis zur Mündigkeit des Unmündigen verlange[5]. Der Unmündige erhält für die Zwischenzeit den Besitz des Nachlasses, und, wenn er dem Gegner Realcaution wegen Herausgabe des Nachlasses stellt, auch die Verwaltung des letzteren (z. B. das Recht Schulden einzuziehen, Sachen zu veräußern)[6]; stellt er keine Caution, so wird sein Gegner in den Mitbesitz eingesetzt; auch erhält letzterer, falls er die entsprechende Caution stellt, die Verwaltung des Nachlasses; stellt auch der Gegner keine Caution, so wird ein Curator zur Verwaltung des Nachlasses ernannt[7]. Hat der Unmündige Caution gestellt, so kann er Alimente und Erziehungskosten aus dem Nachlaß beanspruchen, sonst nur im Nothfall; er braucht sie nicht zurückzuerstatten, wenn er später im Proceß unterliegt[8].

3. Ist der Delat geisteskrank, und steht er deshalb unter Vormundschaft (vgl. § 419 Note 9), so kann nach einer Verordnung Justinians[9] (die classischen Juristen stritten hierüber)[10] der Curator des Geisteskranken vorläufig die bon. possessio erbitten; er hat alsdann den Nachlaß wie das übrige Vermögen des Geisteskranken zu verwalten; er kann daraus, falls der Geisteskranke kein sonstiges hinreichendes Vermögen hat, Alimente für ihn entnehmen, ohne daß, wenn der Geisteskranke später nicht definitiv Erbe wird, ein Anspruch auf Rückerstattung entstünde[11]; er muß die Vermächtnisse auszahlen, kann jedoch Caution wegen Rückerstattung für den Fall, daß der vorläufige Erwerb des Geisteskranken nicht in einen endgiltigen übergehen sollte, verlangen[12]. Wird der Geisteskranke gesund,

---

[1] l. 23. pr. D. de her. inst. 28, 5. — [2] t. D. 37, 10; t. C. 6, 17: de Carboniano edicto. — [3] l. 3. § 4. D. h. t. 37, 10. — [4] l. 3. §§ 3—5. l. 14. D. h. t. 37, 10. — [5] l. 3. § 5. D. h. t. 37, 10. — [6] l. 15. D. h. t. 37, 10. — [7] l. 5. §§ 2. 5. D. h. t. 37, 10. — [8] l. 5. § 3. l. 6. § 5. D. h. t. 37, 10. — [9] l. 7. C. de cur. fur. 5, 70. — [10] Vgl. einerseits l. 11. D. de auct. 26, 8 und andererseits l. 1. D. de b. p. fur. 37, 3; l. 2. §§ 11. 13. D. ad sct. tert. 38, 17. — [11] l. 51. pr. D. de h. p. 5, 3. — [12] l. 48. § 1. D. de leg. 2. (31).

so hat er die Entscheidung zu treffen, ob er die Erbschaft endgiltig antreten oder ausschlagen wolle; schlägt er aus oder stirbt er als Geisteskranker, so wird die Erbschaft Denjenigen deferirt, welche zur Zeit der Ausschlagung resp. seines Todes das nächste Anrecht auf die Erbschaft haben. Unterläßt der Curator die Agnition der bon. possessio, so kann der nächst dem Geisteskranken Berufene dieselbe verlangen, doch muß er Caution der Herausgabe für den Fall, daß später ein Anderer Erbe werden sollte, stellen [13].

Verschieden von dem vorläufigen Erwerbe einer Erbschaft ist die missio in possessionem ventris nomine [14]. Ist beim Tode des Erblassers ein Embryo vorhanden, welchem, falls er geboren werden sollte, die Erbschaft deferirt werden würde, so kann die Schwangere den Besitz des Nachlasses verlangen, und zwar unbedingt dann, falls der Embryo nach der Geburt zu den Descendenten des Erblassers gehören würde, sonst nur dann, falls sie (die Schwangere) sich anderweitig ihren Unterhalt nicht verschaffen kann [15]. Die Schwangere kann standesgemäße [16] Alimente aus dem Nachlaß entnehmen, welche sie auch später nicht wiederzuerstatten braucht [17], außer wenn sie dolos handelte [18]. Zur einstweiligen Verwaltung der Erbschaft und zur Fürsorge für den künftigen Erben wird ein Curator ernannt (curator ventris et bonorum) [19].

Zweiter Titel.

Die Aufhebung der Delation.

1) § 424. Gründe der Aufhebung.

S. die vor § 419 citirten Titel und t. C. VI, 31: de repudianda vel abstinenda hereditate. — Thibaut, Versuche II, 7. 2. Aufl. 1817. — Steppes, die Transmission der Erbschaft nach Römischem Recht. 1831. — von Buchholtz, juristische Abhandlungen. Nr. 2. 1833. — Wieding, die Transmission Justinians. 1859. — Vangerow, §§ 490—492.

Aufgehoben wird die Delation:

I. Durch Ausschlagung der Erbschaft Seitens des Delaten (repudiare, recusare, praetermittere, omittere). Die Ausschlagung der Erbschaft steht im Allgemeinen unter denselben Vorschriften wie die Antretung [1]. Sie ist an keine Form gebunden [2]. Die Ausschlagung der hereditas ist (außer wo ein spatium deliberandi erbeten ist, § 419 unter 4) an keine Frist gebunden; die der bon. possessio liegt darin, daß der Berufene die Zeit von einem Jahre resp. hundert Tagen (§ 421 Note 8) ohne Erklärung verstreichen läßt; heutzutage gilt der Grundsatz von der hereditas. In den Fällen, in welchen wegen Irrthums oder Zweifels die Antretung der Erbschaft nichtig sein würde (§ 419 unter 2), ist es auch die Ausschlagung [3]. Die Ausschlagung kann bei der hereditas

---

[13] l. 1. D. de b. p. fur. 27, 3. — [14] t. D. 37, 9: de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus. — [15] l. 6. D. h. t. 37, 9. — [16] l. 1. § 19. D. h. t. 37, 9. — [17] l. 5. D. h. t. 37, 9. — [18] l. 1. § 28. l. 3. D. h. t. 37, 9. — [19] l. 1. §§ 17—26. l. 5. D. h. t. 37, 9.

[1] l. 18. D. h. t. 29, 2. — [2] l. 95. D. h. t. 29, 2. — [3] l. 13. § 1. l. 15. l. 17. § 1. l. 23. l. 97. D. h. t. 29, 2.

(außer wenn diese einer juristischen Person deferirt ist) von keinem Stellvertreter ausgehen[4]; Gleiches gilt bei der bonorum possessio bezüglich des gewählten Vertreters[5] (— ein sehr auffallender Rechtssatz, vgl. § 421 Note 4 —); ob die bon. poss. von dem Vormund des Unmündigen und Geisteskranken ausgeschlagen werden könne, war unter den römischen Juristen bestritten[6]. Nach einer Verordnung Justinians[7] kann Namens der Hauskinder im Kindesalter der Vater die Erbschaft ausschlagen; doch kann das Hauskind später hievon abgehen; ältere Hauskinder haben die Entscheidung selbst zu treffen, womöglich unter Zustimmung des Vaters; wird ihnen diese verweigert, so können sie selbständig ausschlagen und die Erbschaft wird dem Vater deferirt. Nach der heutigen Praxis werden minderjährige Hauskinder vom Vater, die wegen jugendlichen Alters Bevormundeten vom Vormund vertreten; auch dürfen heut handlungsfähige Personen sich eines Mandatars bedienen.

II. Dadurch, daß der Delat unfähig wird, zu erben oder eingesetzt zu werden oder zu erwerben (§ 390 unter II. 2. § 398).

III. Dadurch, daß der Delat stirbt, ohne die Erbschaft angetreten zu haben; denn das Recht, eine Erbschaft anzutreten, ist ein höchstpersönliches Recht des Delaten[8]; doch gibt es hievon Ausnahmen. Die eine Ausnahme (darin bestehend, daß der ab intestato Berufene das Antretungsrecht durch in iure cessio hereditatis einem Anderen übertragen konnte)[9] ist mit der in iure cessio geschwunden, und wird in der Justinianischen Compilation nur einmal beiläufig erwähnt[10]. Dagegen besteht noch heut eine Reihe von anderen Ausnahmen, die man unter dem Namen der Transmissionsfälle zusammenfaßt, und deren Wesen darin besteht, daß nach dem Tode des Delaten ein Anderer nicht aus eigenem Recht, sondern auf Grund des Rechts des Delaten, nicht auf Grund seines Verhältnisses zum Erblasser, sondern auf Grund desjenigen zum Delaten die Erbschaft antreten kann. Die einzelnen Transmissionsfälle sind folgende:

1. Die sog. transmissio ex capite in integrum restitutionis; sie tritt in zwei durchaus verschiedenen Fällen ein:

a. Kann Jemand Restitution gegen den von ihm versäumten Erwerb einer ihm deferirten Erbschaft verlangen, und stirbt er, bevor er die Restitution beantragt, so können dies seine Erben thun[11]; denn der Anspruch auf Restitution ist vererblich.

b. Stirbt der Delat zu einer Zeit, wo er von der Erbschaft noch nicht ausgeschlossen ist, war er aber bisher von der Antretung durch gerechte Gründe abgehalten worden, so können seine Erben die Restitution gegen die durch seinen Tod erfolgende Aufhebung der Delation verlangen. Es ist dieser Satz zwar in den Quellen nicht als Princip

---

[4] l. 2. D. de off. proc. 1, 19. — [5] l. 1. § 2. D. de succ. ed. 38, 9. — [6] l. 11. D. de auct. 26, 8 einerseits und l. 8. D. de b. p. 37, 1; l. 1. §§ 4. 5. D. de succ. ed. 38, 9; cf. l. 1. D. de b. p. fur. 37, 3. — [7] l. 8. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [8] l. 7. C. h. t. 6, 30; l. un. § 5. C. de cad. toll. 6, 51; l. 3. § 7. D. de b. p. 37, 1. — [9] Gai. 2, 34—37; 3, 85—87; Ulp. 19, 13. 14. — [10] l. 4. § 28. D. de exc. dol. 44, 4. — [11] l. 1. C. de rest. mil. 2, 51.

ausgesprochen und deshalb von Vielen bestritten; allein es enthalten die Quellen mehrere Fälle, die auf ein solches Princip hinweisen; so wenn der Delat die Erbschaft deshalb nicht angetreten hat, weil er in Staatsgeschäften abwesend und von dem Anfall der Erbschaft nicht unterrichtet war[12]; ferner wenn er sich aus Irrthum auf ein Testament stützte und deshalb ex testamento (nichtigerweise, § 419 N. 14) antrat, während er in Wahrheit ab intestato berufen war[13]; ferner wenn der zur Erbschaft eines Ermordeten Berufene die Erbschaft (wegen des sct. Silan., § 406 Note 5) bis nach vollendeter Untersuchung über die Sklaven des Ermordeten nicht antreten konnte[14]; ferner wenn der im Testament Eingesetzte deshalb die Erbschaft nicht antreten konnte, weil die Giltigkeit des Testaments ungewiß war, z. B. ein Postumus wurde erwartet[15] u. a. m.[16].

2. Die sog. transm. ex capite infantiae oder ex iure patrio. Ist einem Kinde (unter sieben Jahren) eine Erbschaft angefallen, und stirbt dasselbe in der Kindheit und bevor sein Vater die Erbschaft angetreten hat, so kann letzterer, gleichviel ob das Kind seiner väterlichen Gewalt unterworfen war oder nicht, die Erbschaft für sich antreten[17]. Gleiches gilt, falls einer Person, die zwar über die Jahre der Kindheit hinaus ist, aber sich in väterlicher Gewalt befindet, eine Erbschaft anfällt, und der Delat hierauf verstirbt, ohne daß er die Erbschaft (weil er aus gutem Grunde abwesend war) angetreten hatte[18].

3. Die sog. transmissio Theodosiana. Nach einem Gesetz der Kaiser Theodos und Valentinian[19], welches Justinian bestätigte[20], treten, wenn Jemand in seinem Testamente Descendenten zu Erben eingesetzt hat und diese vor der Testamentseröffnung versterben, deren Descendenten an die Stelle. Zum Verständniß des Gesetzes, dessen nähere Bestimmungen sehr streitig sind, dienen folgende Bemerkungen. Das Gesetz ist im Interesse der entfernteren Descendenten ergangen, damit sie nicht durch zufällige Ereignisse um das Erbrecht auf den Nachlaß des entfernteren Ascendenten gebracht werden; es geschah dies vor dem Gesetze in einem doppelten Falle:

a. wenn der nähere Descendent nach dem Tode des Testators, aber vor der Testamentseröffnung verstarb; denn nach der l. Papia Poppaea konnte der auf einen Theil zum Erben Eingesetzte vor der Testamentseröffnung nicht antreten, und der dem näheren Descendenten zugedachte Erbtheil gelangte daher vor Theodos kraft Anwachsung oder kraft caducorum vindicatio an andere Personen[21];

b. wenn der nähere Descendent vor dem Testator verstarb, letzterer aber den Tod nicht erfuhr, und deshalb das Testament nicht abänderte; denn die entfernteren Descendenten konnten alsdann das Testament nicht als lieblos anfechten.

---

[12] l. 86. pr. D. h. t. 29, 2. — [13] l. 6. § 1. l. 42. § 3. D. de bon. lib. 38, 2. — [14] l. 3. § 20. l. 4. D. de sct. sil. 29, 5. — [15] l. 4. § 3. l. 5. D. de b. p. c. t. 37, 4. — [16] l. 12. D. de carb. ed. 37, 10. — [17] l. 18. §§ 1. 3. C. h. t. 6, 30. — [18] l. 30. pr. D. h. t. 29, 2. — [19] l. un. C. de his qui ante ap. tab. her transm. 6, 52. — [20] l. un. § 5. C. de cad. toll. 6, 51. — [21] Ulp. fr. 17. §§ 1. 2.

Der erste Grund fiel durch Justinian weg, welcher die Bestimmung der l. Pap. Poppaea aufhob[22]; dennoch bestätigte Justinian die transm. Theodosiana, — mit Recht, da Sitte und Anstand die Antretung vor der Testamentseröffnung verbieten. Der zweite Grund ist seit der Nov. 115 weggefallen (die entfernteren Descendenten haben seitdem ein Anfechtungsrecht); trotzdem ist auch in diesem Falle an der transm. Theod. festzuhalten — im Interesse des Erblassers, damit sein Testament unangefochten bleibe.

4. Die sog. transmissio Iustinianea. Ist dem Delaten ein spatium deliberandi gesetzt worden und stirbt er innerhalb desselben, ohne die Erbschaft angetreten noch ausgeschlagen zu haben, so können nach einer Verordnung Justinians[23] seine Erben innerhalb der Restfrist die ihrem Erblasser deferirte Erbschaft antreten. War dem Delaten keine Ueberlegungsfrist gesetzt, aber die Delation der Erbschaft bekannt geworden, und stirbt er hierauf, so können, sofern seit seiner Wissenschaft noch kein Jahr verflossen ist, seine Erben innerhalb dieses Jahres antreten. Ist der Delat ohne Kenntniß der Delation gestorben, so findet nach der herrschenden Ansicht die Transmission nicht statt; die entgegengesetzte Meinung wird durch die Worte des Justinianischen Gesetzes sowie durch ein anderes Quellenzeugniß[24] widerlegt.

Aeltere Juristen behaupteten noch einen Transmissionsfall: die sog. transm. ex capite suitatis; sie verstanden darunter den Grundsatz, daß, wenn ein suus heres ohne Erklärung über die väterliche Erbschaft verstirbt, sein Erbe die letztere erhalte; so richtig der Grundsatz selbst ist, so enthält er keinen Transmissionsfall: denn der suus heres hatte die väterliche Erbschaft ipso iure erworben.

2) § 425. Folgen der Aufhebung der Delation.

Mayer, das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrecht und bei Legaten und Fideicommissen. 1835. — Baron, Gesammtrechtsverhältnisse § 40. 1864. — von Buchholtz, jur. Abhandl. Nr. 4. 1833. — von Rummel, das Verh. des Fiscus zu den bona vacantia. 1840. — Vangerow, §§ 493—496. 564.

Die Folgen der Aufhebung der Delation sind je nach Verschiedenheit des concreten Falles dreifach: es tritt entweder eine neue Delation oder das Accrescenzrecht oder die Herrenlosigkeit des Nachlasses ein.

I. Eine neue Delation tritt im Falle der testamentarischen Erbfolge dann ein, wenn ein Substitut ernannt ist, im Falle der Intestaterbfolge dann, wenn ein solcher Verwandter vorhanden ist, auf welchen die successio graduum oder ordinum Anwendung findet. Ferner, wenn an Stelle der testamentarischen Erbfolge die Intestaterbfolge tritt.

II. Das Accrescenzrecht[1] tritt dann ein, wenn die Voraus-

---

[22] l. un. § 5. C. de cad. toll. 6, 51. — [23] l. 19. C. h. t. 6, 30. — [24] l. 7. C. h. t. 6, 30.

[1] t. C. 6, 10: quando non petentium partes petentibus adcrescant; 6, 51: de caducis tollendis.

setzungen einer neuen Delation fehlen, aber neben dem Delaten, dessen Berufung aufgehoben ist, andere Delaten vorhanden sind. Sind nämlich Mehrere zu einer Erbschaft berufen, so hat jeder Delat den Anspruch auf die *ganze* Erbschaft[2]; dies gilt selbst dann, wenn ein Testator Mehrere mit Hinzufügung von Theilbestimmungen zu Erben ernennt, denn durch die Theilbestimmungen wird nicht der Anspruch der Einzelnen auf die ganze Erbschaft negirt, vielmehr geben sie nur den Maßstab an, nach welchem die Eingesetzten, *vorausgesetzt, daß sie sämmtlich die Erbschaft erwerben*, ihre Ansprüche auf das Ganze realisiren sollen. Der Anspruch auf das Ganze ist nämlich nur dann realisirbar, wenn bloß ein Einziger von seinem Rechte Gebrauch macht; thun dies Mehrere, so kommt es nothgedrungen zu einer Theilung: concursu fiunt partes; insofern ein Mitberufener nicht erwirbt, unterbleibt die Theilung, und in diesem Falle vorzüglich reden die Quellen von einem ius accrescendi. *Diese Bezeichnung ist unbestritten eine unpassende*; richtiger wäre es zu sagen: non decrescit, denn indem der eine Mitberufene nicht erwirbt, wird dem Anderen dasjenige nicht genommen, worauf er ohne die Concurrenz des Ersteren Anspruch hat. Aus dieser Auffassung des Accrescenzrechts ergeben sich folgende Grundsätze:

1. *Das Accrescenzrecht ist dem Belieben des Erblassers entzogen*; zwar kann er es mittelbar durch Substitution ausschließen und durch Conjunction einiger Erben auf gewisse Personen einschränken, aber er kann es nicht direct verbieten. Nur beim Soldatentestament hängt nach Römischem Rechte das Accrescenzrecht vom Belieben des Erblassers ab[3]; allein dies ist durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt.

2. *Das Accrescenzrecht ist dem Belieben des Erben entzogen*; der Theil des weggefallenen Delaten accrescirt ipso iure, d. h. ohne Wissen und Willen des Erben, selbst gegen seinen Willen; der Erbe braucht den accrescirenden Erbtheil nicht besonders anzutreten[4], er kann ihn nicht ausschlagen[5]. Hievon finden zwei (im prätorischen Edict) aufgestellte Ausnahmen statt: a) wenn mehrere Personen die Erbschaft erworben haben und die eine gegen den Erwerb restituirt wird, so braucht die andere die Accrescenz sich nicht gefallen zu lassen[6]; b) wenn mehrere Personen die Erbschaft erworben haben und die eine von dem benef. abstinendi Gebrauch macht, so wird der anderen die Wahl gestellt, beide Erbtheile zu nehmen oder aufzugeben[7].

3. *Die Accrescenz ist von der neuen Delation eines Erbtheiles an einen Miterben (kraft Substitution) wohl verschieden*; letztere kann nur dann eintreten, wenn der Miterbe noch lebt[8],

---

[2] l. 80. D. de leg. 3. (32). — [3] l. 37. D. de test. mil. 29, 1. — [4] l. 31. l. 76. pr. D. h. t. 29, 2; l. 2. § 8. D. de b. p. s. t. 37, 11; l. un. § 10. C. h. t. 6, 51. — [5] l. 35. pr. l. 53. § 1. D. h. t. 29, 2; l. 59. § 7. D. de h. i. 28, 5; l. un. § 10. C. h. t. 6, 51. — [6] l. 61. D. h. t. 29, 2. — [7] l. 55. l. 56. D. h. t. 29, 2. — [8] l. 59. § 6. D. de h. i. 28, 5; die widersprechende l. 53. pr. D. h. t. 29, 2 bedarf einer Emendation, es muß posteaquam statt posteaque gelesen werden.

erstere tritt, wenn der Miterbe verstorben ist, in der Person seiner Erben ein [9].

Noch sind je nach den verschiedenen Arten der Erbfolge besondere Bemerkungen über das Accrescenzrecht zu machen:

a. Bei der testamentarischen Erbfolge. In der Regel accrescirt der Erbtheil des weggefallenen Delaten allen Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile [10]. Andere Grundsätze kommen in Anwendung, wenn der weggefallene Delat mit Anderen (coniuncti) zusammen berufen war; die Grundsätze selbst waren früher sehr bestritten; heut ist man fast allgemein darüber einig, daß bei bloßer wörtlicher Verbindung mehrerer Einsetzungen (verbis coniuncti, z. B. Titius heres esto ex parte dimidia, Seius et Gaius ex aequis partibus heredes sunto) [11] keine Aenderung in den Accrescenzregeln eintritt, da eine wörtliche Verbindung nichts als eine kürzere Ausdrucksweise ist [12]; hat aber der Testator einige Eingesetzte re et verbis oder re verbunden (§ 399 Note 3—5), so accrescirt, wenn einer von diesen wegfällt, zunächst bloß den mit ihm Verbundenen [13] (denn coniuncti propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt) und erst, wenn auch diese wegfallen, den übrigen Miterben. Hat der Testator Einige auf bestimmte Theile, Andere in verschiedenen Sätzen ohne Theile eingesetzt, so tritt, wenn einer von den Letzteren wegfällt, das Accrescenzrecht zu Gunsten aller Miterben ein [14]. — Historisch zu bemerken ist, daß das Accrescenzrecht zu Gunsten der Testamentserben bis zur l. Iulia et Papia Poppaea unter Augustus uneingeschränkt galt; diese Lex beließ es nur den Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grad, in allen andern Fällen erklärte sie die Erbtheile für caduca, und verwandte sie zur Belohnung der mit Kindern gesegneten männlichen Erben und Legatare (heredes patres, legatarii patres), in Ermangelung derselben wies sie dieselben dem aerarium populi Romani zu [15], an dessen Stelle später der Fiscus trat. Erst Justinian stellte den alten Umfang des Accrescenzrechts wieder her [16].

b. Bei der Intestaterbfolge hängt die Art der Anwachsung von der Art der Theilung ab (§ 411): bei der Theilung nach Köpfen wächst allen Miterben gleichmäßig zu, bei der Theilung nach Stämmen oder Linien zunächst nur den Angehörigen desjenigen Stammes resp. derjenigen Linie, welcher der weggefallene Delat angehörte [17], und erst, wenn auch diese wegfallen, den übrigen Miterben. Wo der Erbtheil des Miterben auf ein höchstes Maß beschränkt ist (bei der armen Wittwe und den unehelichen Kindern, § 409), findet die Accrescenz nur bis zu dessen Erreichung statt [18].

III. Es tritt die Herrenlosigkeit des Nachlasses (bona

---

[9] l. 26. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 9. D. de suis 38, 16; l. un. § 10. C. h. t. 6, 51. — [10] l. 59. § 3. l. 63. l. 66. D. de h. i. 28, 5. — [11] cf. l. 89. D. de leg. 3. (32). — [12] l. 66. D. de h. i. 28, 5. — [13] l. 59. § 3. D. de h. i. 28, 5; l. un. § 10. C. h. t. 6, 51. — [14] l. 17. §§ 1. 2. l. 63. D. de h. i. 28, 5. — [15] Gai. 2, 206. 207; Ulp. 17. 18. — [16] l. un. C. h. t. 6, 51; l. 2. § 6. l. 3. § 6. C. de vet. j. enucl. 1, 17. — [17] l. 12. pr. D. de b. p. c. t. 37, 4. — [18] cf. l. 6. pr. D. de b. p. 37, 1.

vacantia) ein[19], wenn weder ein testamentarischer noch ein Intestaterbe vorhanden ist; existirt nur ein außerordentlicher Intestaterbe, so wird bloß ein Theil des Nachlasses herrenlos. Als herrenlos konnten die Erbschaftssachen ursprünglich von Jedem occupirt werden[20]; seit der l. Iulia et Papia Poppaea werden sie dem Staat (ursprünglich dem aerarium pop. Rom., später dem Fiscus) deferirt[21]. Fiscus kann die bona vacantia annehmen oder ausschlagen[22]; schlägt er sie aus, so wird darüber Concurs eröffnet; nimmt er sie an, so hat er zwar nicht den Namen, wohl aber die Stellung eines Erben[23] und haftet namentlich für die Schulden nicht bloß (wie Viele wollen)[24] auf Höhe des Betrages der Erbschaft, sondern darüber hinaus, außer wenn er von dem benef. inventarii Gebrauch macht (§ 427 Note 7); für die Vermächtnisse haftet er selbst dann, wenn sie in einem destituten Testament ausgesetzt worden sind[25]. Von aller Haftung befreit er sich dadurch, daß er die Erbschaft veräußert; der Käufer der Erbschaft tritt an seine Stelle[26] (§ 436). — Das Recht des Fiscus verjährt in vier Jahren[27]. — Nach einer früher weitverbreiteten Ansicht ist Fiscus nicht sowohl Universalsuccessor des Verstorbenen, als vielmehr bloß ein privilegirter Occupant der Nachlaßsachen (kraft Hoheitsrechts) und ein bloßer Singularsuccessor des Verstorbenen; man folgerte daraus, daß, wenn der Nachlaß in verschiedenen Territorien zerstreut ist, der Fiscus eines jeden die in demselben befindlichen Nachlaßsachen occupiren dürfe. Jene Ansicht verstößt gegen klare Quellenzeugnisse: die Folgerung aus derselben ist zu verwerfen und vielmehr zu behaupten, daß der gesammte Nachlaß an den Fiscus des Domicils des Erblassers fällt. — Dem Fiscus gehen einige Corporationen vor: die Heeresabtheilung, welcher der Verstorbene angehörte[28], die städtischen Curien[29], die Schiffergilde[30], die kaiserlichen Waffenfabriken[31], die Kirchen und Klöster[32] gegenüber dem Nachlaß eines Decurio, Schiffers, eines Arbeiters in der Waffenfabrik, eines Geistlichen und Klosterbruders; davon ist heut bloß das Vorrecht der Heeresabtheilung resp. der Kirche bestehen geblieben. — Wenn der Regent Mehreren zusammen ein Geschenk gemacht hat (socii imperialis liberalitatis), so geht bezüglich des Geschenkantheils eines Jeden, welcher ohne Erben verstirbt, der andere Beschenkte dem Fiscus vor[33].

---

[19] t. D. 10, 10: de bon. vac. et de incorp. — [20] Cic. de leg. 2, 19. — [21] Ulp. 28, 7; l. 96. § 1. D. de leg. 1. (30); l. 4. C. de bon. vac. 10, 10. — [22] l. 6. § 3. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 4. §§ 17. 19. 20. D. de fid. lib. 40, 5. — [23] l. 20. § 7. D. de h. p. 5, 3. — [24] Wegen l. 1. § 1. l. 11. D. de j. f. 49, 14. — [25] l. 96. § 1. l. 114. § 2. D. de leg. 1. (30). — [26] l. 13. § 9. l. 54. pr. D. de h. p. 5, 3; l. 41. D. de j. f. 49, 14; l. 1. C. de her. vend. 4, 39. — [27] l. 1. C. de quadr. pr. 7, 37. — [28] l. 6. § 7. D. de inj. 28, 3; l. 2. C. de her. dec. 6, 62. — [29] l. 4. C. de her. decur. 6, 62. — [30] l. 1. C. de her. decur. 6, 62. — [31] l. 5. C. de her. decur. 6, 62. — [32] l. 1. C. de bon. cler. 5, 3; l. 20. C. de episc. 1, 3; Nov. 131. c. 13. — [33] l. un. C. si lib. imp. 10, 14.

Dritter Titel.

§ 426. Aufhebung des Erbschaftserwerbs.

Vangerow, § 565.

In der Regel kann der Erbschaftserwerb weder für die Zukunft noch rückwärts aufgehoben werden: semel heres semper heres. In beiderlei Hinsicht gibt es Ausnahmen.

I. Für die Zukunft aufgehoben wird der Erbschaftserwerb in denjenigen Fällen, in denen eine Erbeinsetzung giltiger Weise unter einer auflösenden Bedingung oder Zeitbestimmung gemacht worden ist, ein Fall, der durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt ist (§ 401).

II. Rückwärts aufgehoben wird der Erbschaftserwerb

1. Dadurch, daß das Testament, auf Grund dessen die Erbschaft erworben wurde, rescindirt wird (§§ 396. 415).

2. Durch den Gebrauch des benef. abstinendi (§ 420).

3. Dadurch, daß der Erbe gegen die Antretung resp. gegen die Einmischung in die Erbschaft in integrum restituirt wird. Restitutionsgründe sind die Minderjährigkeit[1] und die durch Drohungen erregte Furcht[2]; wegen Irrthums über den Bestand der Erbschaft wird der Erbe nur dann restituirt, wenn er Soldat ist[3]. Die Wirkungen der Restitution sind im Allgemeinen dieselben wie die der Abstention eines suus heres (§ 420); demgemäß fällt der Erbtheil des Restituirten an Substituten, Miterben, Intestaterben[4]; ist jedoch ein Kind gegen den Seitens des Vaters (als gesetzlichen Vertreters des Kindes) geschehenen Erwerb der Erbschaft restituirt worden, so gilt die Erbschaft als vom Vater selbst erworben[5].

4. Dadurch, daß Jemand, welcher die Erbschaft durch Ausschlagung oder sonstwie nicht erworben hat, gegen den Nichterwerb restituirt wird; es verliert alsdann die Erbschaft der nach Jenem Berufene, falls er sie erworben hat[6].

5. Dadurch, daß Jemandem die Erbschaft wegen Indignität (Unwürdigkeit) entzogen wird (auferre, eripere)[7]. Der Unwürdige behält bloß den Namen eines heres; er verliert alle erbschaftlichen Rechte und wird aller Verpflichtungen aus dem Erbschaftserwerbe ledig[8]; seine Verfügungen über Erbschaftssachen sind nichtig[9]; hatte er Forderungen an den Erblasser resp. dingliche Rechte an dessen Sachen und sind diese durch den Erbschaftsantritt (durch Confusion) untergegangen, so werden sie ihm

---

[1] l. 57. § 1. D. h. t. 29, 2; l. 1. C. si minor 2, 39; § 5. I. h. t. 2, 19. — [2] l. 21. § 5. D. qu. m. 4, 2; l. 85. D. h. t. 29, 2. — [3] § 6. I. h. t. 2, 19. — [4] l. 6. § 3. D. de bon. lib. 38, 2; l. 1. § 10. l. 2. § 10. D. ad sct. tert. 38, 17; l. 7. § 10. D. de min. 4, 4; l. 61. D. h. t. 29, 2: eine abweichende Ansicht Papinians s. in l. 2. D. de succ. ed. 38, 9. — [5] l. 8. § 6. C. de bon. quae lib. 6, 61. — [6] l. 1. l. 2. C. si ut omissam 2, 40; l. 2. C. si minor 2, 39. — [7] t. D. 34, 9: de his quae ut indignis auferuntur; t. C. 6, 35: de his quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad sct. Silanianum. — [8] l. 9. § 2. l. 18. D. h. t. 34, 9; l. 8. l. 9. C. h. t. 6, 35. — [9] l. 47. § 5. D. de adm. 26, 7.

nicht zurückgewährt[10], außer wenn er die Erbschaft aus entschuldbarem Irrthum angetreten hat[11]; beruht der Indignitätsgrund auf einem Dolus des Unwürdigen, so ist er ein unredlicher Besitzer, sonst ein redlicher[12]. Derjenige, welcher an die Stelle des Unwürdigen tritt (— meist ist dies der Fiscus —), hat die Stellung eines Erben[13]: er muß die Erbschaftsschulden und die Vermächtnisse bezahlen[14]. Die einzelnen Indignitätsgründe lassen sich in vier Classen theilen:

a. Vergehungen des Erwerbers gegen die Person des Erblassers. Deshalb ist unwürdig, α) wer den Tod des Erblassers dolos oder culpos herbeigeführt hat[15]; β) wer die Ermordung des Erblassers nicht gerichtlich verfolgt[16]; γ) wer die Rechtsfähigkeit des Erblassers mit Unrecht angreift[17]; δ) wer über die Erbschaft bei Lebzeiten des Erblassers ohne dessen Zustimmung durch Vertrag verfügt hat[18] (§ 390 N. 15); ε) wer sich des geisteskranken Erblassers nicht angenommen hat[19]; ζ) wer den Erblasser nicht aus der Gefangenschaft losgekauft hat[20]. In den Fällen α—δ tritt Fiscus an Stelle des Unwürdigen, im Fall ε der Pfleger des Erblassers, im Fall ζ die Kirche seines Wohnortes.

b. Handlungen gegen den letzten Willen. Deshalb ist unwürdig, α) wer Jemanden an der Errichtung oder Abänderung eines letzten Willens verhindert[21]; β) wer den letzten Willen mit Unrecht als falsch oder als gegen das Pflichttheilsrecht verstoßend angreift[22]; γ) der Pupillarsubstitut, welcher die Mutter des Pupillen der Kindesunterschiebung mit Unrecht anklagt[23]; δ) wer die Urkunde des letzten Willens zerstört[24]; ε) wer etwas aus der Erbschaft auf die Seite bringt, verliert die quarta Falcidia hieran[25]. In allen diesen Fällen tritt Fiscus an Stelle des Unwürdigen. ζ) Wer die ihm vom Erblasser aufgetragene Besorgung des Begräbnisses resp. Erziehung oder Vormundschaft ablehnt, verliert die Erbschaft an die sonstigen Erben[26]; ϑ) wer die Auflagen des Testator ein Jahr lang, nachdem er durch den Richter zur Erfüllung aufgefordert worden ist, unerfüllt läßt, verliert die Erbschaft zunächst an den Substituten, dann der Reihe nach an Miterben, Universalfideicommissare, Legatare, Intestaterben, endlich überhaupt an Jeden, welcher sich zur Erfüllung der Auflage anheischig macht, und wenn sich Keiner findet, an den Fiscus[27].

c. Verletzungen gesetzlicher Vorschriften. Deshalb ist

---

[10] l. 8. l. 18. 1 1. D. h. t. 34, 9. — [11] l. 17. D. h. t. 34, 9. — [12] l. 17. l. 18. pr. D. h. t. 34, 9; l. 1. C. h. t. 6, 35. — [13] l. 20. §§ 6. 7. D. de h. p. 5, 3. — [14] l. 9. D. de sct. sil. 29, 5; l. 50. § 2. D. de leg. 1. (30); l. 3. § 4. l. 14. D. de j. f. 49, 14. — [15] l. 3. D. h. t. 34, 9; l. 10. C. h. t. 6, 35. — [16] l. 21. D. h. t. 34, 9; l. 6. l. 7. C. h. t. 6, 35. — [17] l. 9. § 2. D. h. t. 34, 9. [18] l. 2. § 3. D. h. t. 34, 9; l. 29. § 2. l. 30. D. de don. 39, 5. — [19] Nov. 115. c. 3. § 12. — [20] Nov. 115. c. 3. § 13. c. 4. § 7. — [21] l. 19. D. h. t. 34, 9; t. D. 29, 6; t. C. 6, 34: si quis al. test. prohib. — [22] l. 5. pr. §§ 1—18. l. 7. l. 15. l. 22. D. h. t. 34, 9; l. 8. § 14. l. 22. §§ 2. 3. D. de inoff. test. 5, 2; l. 13. § 9. l. 22. § 1. D. de iure fisci 49, 14; l. 6. C. ad l. Corn. de fals. 9, 22. — [23] l. 16. pr. D. h. t. 34, 9. — [24] l. 26. D. de lege Corn. de fals. 48, 10. — [25] l. 6. D. h. t. 34, 9. — [26] l. 12. § 4. D. de rel. 11, 7; l. 1. § 3. D. ubi pup. ed. 27, 2; l. 5. § 2. D. h. t. 34, 9. — [27] Nov. 1. c. 1 und 4.

unwürdig, α) wer dem Erblasser versprochen hat, den Nachlaß oder einen Theil desselben an einen Incapax herauszugeben (fideicommissum tacitum)[28]; β) wer mit dem Erblasser wissentlich in einer verbotenen geschlechtlichen Verbindung gelebt hat[29]. In beiden Fällen tritt Fiscus an Stelle des Unwürdigen.

d. Der Wille des Erblassers, daß Jemand Erbe nicht werden solle. Deshalb ist unwürdig α) Derjenige, welchen der Erblasser als die Einsetzung nicht verdienend bezeichnet hat[30]; β) der im Testamente eingesetzte Erbe, dessen Einsetzung der Erblasser zurücknehmen wollte, aber nicht mit Erfolg zurückgenommen hat, indem er im zweiten Testament erbunfähige Personen einsetzte[31]; γ) wer vom Erblasser als Kind eingesetzt worden ist, während er untergeschoben war[32]. In allen drei Fällen tritt Fiscus an Stelle des Unwürdigen.

Viertes Capitel.

Das Rechtsverhältniß des Erben.

I. § 427. Im Allgemeinen.

Vangerow, §§ 501–504.

Die Stellung des Erben wird durch zwei Regeln bestimmt: 1) der Erbe ist der Universalsuccessor des Erblassers; 2) der Erbe ist an die Verfügungen, welche der Testator getroffen hat, gebunden.

1. Der Erbe ist Universalsuccessor[1]. Das bedeutet nicht, wie viele Neuere behaupten, daß die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben übergehe; denn diese existirt nach dem Tode des Erblassers nur, solange die Erbschaft eine ruhende ist (§ 389); auch ist es undenkbar, daß Jemand zwei und mehr Persönlichkeiten derselben Art in sich vereinige. Sondern es bedeutet, daß alle Vermögensrechte und Verbindlichkeiten des Erblassers außer den höchstpersönlichen (§ 47 unter II.) auf den Erben in Einem Akte übergehen[2]; sie vermischen sich mit den bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten des Erben, und werden Bestandtheile seines Vermögens; der Besitz des Erblassers geht ohne besondere Apprehension auf den Erben nicht über[3], denn der Besitz ist kein Recht, sondern ein thatsächliches Verhältniß (S. 188). — Aus dem Gesagten folgt:

1. Hatte der Erbe an den Erblasser Forderungen oder an seinen Sachen dingliche Rechte, so gehen diese (durch Confusion) unter[4]. Ebenso im umgekehrten Falle.

---

[28] l. 10. l. 11. l. 18. l. 23. D. h. t. 34, 9. — [29] l. 2. § 1. l. 13. l. 14. D. h. t. 34, 9; l. 4. C. de inc. nupt. 5, 5. — [30] l. 4. C. h. t. 6, 35. — [31] l. 12. D. h. t. 34, 9. — [32] l. 46. D. de j. f. 49, 14.

[1] l. 62. D. de r. j. 50, 17. — [2] l. 37. l. 54. D. de r. j. 50, 17. — [3] l. 23. pr. l. 30. § 5. D. de a. p. 41, 2. — [4] l. 2. § 18. D. de her. vend. 18, 4; l. 75. D. de sol. 46, 3; l. 18. D. de serv. 8, 1; l. 116. § 4. D. de leg. 1. (30).

2. Die Schulden des Erblassers sind Schulden des Erben, und der letztere haftet dafür, selbst wenn das ererbte Gut nicht zu ihrer Bezahlung zureicht, wie für seine sonstigen Schulden[5]. Um sich in dieser Beziehung möglichst vor Schaden zu behüten, kann der Delat nach prätorischem Rechte sich eine Ueberlegungsfrist erbitten (§ 419 unter 4). Wirksamere Mittel gewährte das kaiserliche Recht. Nach einer Verordnung Gordians hafteten Soldaten stets nur auf Höhe der Erbschaft[6]. Nach einer Verordnung Justinians[7] hat ein Jeder die Wahl[8] zwischen der Erbittung einer Ueberlegungsfrist und der Errichtung eines Inventars (sog. beneficium inventarii). Will er das letztere wählen, so muß er unter Zuziehung eines Notars und sachverständiger Taxatoren, ferner der Gläubiger und Vermächtnißnehmer resp. von drei Zeugen (falls jene abwesend sind) ein genaues Verzeichniß der Erbschaft anfertigen; er muß es binnen dreißig Tagen nach Kenntniß der Delation beginnen und binnen weiteren sechszig Tagen beendigen; ist er am Orte, wo die Erbschaft resp. ihr größerer Theil sich befindet, nicht anwesend, so hat er ein Jahr vom Tode des Erblassers an Zeit[9]. Während dieser Zeit dürfen Gläubiger und Vermächtnißnehmer den Erben nicht behelligen[10], doch können sie, falls der Nachlaß überschuldet ist, nach der Reichsconcursordnung § 205 die Eröffnung des Concursverfahrens beantragen; nach beendigtem Inventar können sie den Manifestationseid des Erben verlangen, d. h. die eidliche Versicherung, daß er redlich inventarisirt habe[11]. Der Erbe, welcher gehörig inventarisirt hat (der sog. Beneficialerbe), haftet den Erbschaftsgläubigern nur auf Höhe der Erbschaft[12]; seine Forderungen und seine dinglichen Rechte an Sachen des Erblassers resp. umgekehrt gelten nicht als durch Confusion untergegangen[13]; auch die Kosten der Beerdigung des Erblassers, der Testamentseröffnung, der Inventarisirung sind aus dem Nachlaß zu entrichten. Der Erbe kann die Gläubiger und Vermächtnißnehmer in der Reihe, wie sie sich melden, befriedigen, auch zu diesem Zwecke Erbschaftssachen verkaufen und an Zahlungsstatt hingeben; ist hiedurch die Erbmasse erschöpft, so können die nicht befriedigten Erbschaftsgläubiger sich an die befriedigten Vermächtnißnehmer halten; die nicht befriedigten Pfandgläubiger können sich außerdem an diejenigen Personal- oder nachstehenden Pfandgläubiger halten, welche aus dem Erlöse ihres Pfandes befriedigt worden sind resp. das Pfand an Zahlungsstatt erhalten haben, nicht aber können sie den Käufer des Pfandes belangen[14]. —

3. Für die Schulden des Erben, welche er im Augenblicke der Erbschafserwerbung hat, haftet sein ganzes Vermögen, also auch das ererbte Gut. Damit hierdurch die Gläubiger des Erblassers und die Vermächtnißnehmer nicht zu Schaden kommen, ist ihnen (schon im classischen Recht) das sog. beneficium separationis gewährt[15], d. h. sie können von dem Richter[16] die Anordnung verlangen,

---

[5] l. 8. pr. D. de a. h. 29, 2; l. 36. D. de bon. lib. 38, 2. — [6] l. 22. pr. § 15. C. de j. del. 6, 30. — [7] l. 22. C. de j. del. 6, 30. — [8] l. 22. § 14. cit. — [9] l. 22. §§ 2. 3. cit.; Nov. 1. c. 2. § 1. — [10] l. 22. § 11. cit. — [11] l. 22. § 10. cit. — [12] l. 22. § 4. cit. — [13] l. 22. § 9. cit. — [14] l. 22. §§ 4—8. cit. — [15] t. D. 42, 6: de separationibus. — [16] l. 1. pr. § 14. D. h. t. 42, 6.

daß die Erbschaft zunächst zu ihrer Befriedigung und erst der Ueberschuß zur Befriedigung der übrigen Gläubiger des Erben verwendet werde[17]; andererseits können sie, falls die Erbschaft unzureichend ist, sich nicht an den Erben halten, es sei denn, daß sie aus entschuldbarem Irrthum ihr Verlangen gestellt haben[18]. Das benef. separat. fällt weg: 1) nach Ablauf von fünf Jahren seit dem Erbschaftserwerbe[19]; 2) wenn und insoweit die Erbschaft mit dem Vermögen des Erben vermischt ist[20]; 3) wenn und insoweit der Erbe Nachlaßsachen in gutem Glauben veräußert hat[21]; 4) wenn und insoweit die Gläubiger des Erblassers erklärt haben, sich an den Erben halten zu wollen (si heredem secuti sunt)[22]. — Die Gläubiger des Erben, welcher eine überschuldete Erbschaft antritt, haben kein benef. separat. in Betreff des bisherigen Vermögens des Erben[23], es sei denn, daß der Erbe bloß zur Benachtheiligung seiner bisherigen Gläubiger die Erbschaft angetreten hat u. dgl. m.[24].

II. Der Erbe ist an die Verfügungen des Erblassers gebunden. Der Erblasser kann in seinem letzten Willen nicht bloß Erben ernennen, sondern Vermächtnisse aussetzen, Anordnungen über Begräbniß und Grabmal treffen, Vormünder bestellen, Bestimmungen über die Erziehung seiner Kinder festsetzen, die Unveräußerlichkeit von Erbschaftssachen oder eine bestimmte Art ihrer Verwaltung oder Verwendung anordnen. Alle diese Verfügungen des Erblassers sind giltig[25], vorausgesetzt, daß sie keine nuda praecepta sind (§ 60 Note 14. 15) und daß sich der Erblasser innerhalb der ihm vom Gesetz gezogenen Schranken gehalten hat (s. § 446). Der Erbe ist an diese Verfügungen, soweit sie ihn betreffen, gebunden[26]; auch muß er für ihre Innehaltung Seitens dritter Personen sorgen[27].

II. § 428. Insbesondere unter Miterben.

t. D. X, 2; t. C. III, 36: familiae erciscundae. — t. C. III, 38: communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. — Vangerow, § 514.

Sind mehrere Personen Erben geworden, so überkommt ein Jeder, so weit es angeht, einen seiner Erbportion entsprechenden Bruchtheil an den einzelnen erbschaftlichen Vermögensrechten und Verbindlichkeiten. Im Einzelnen sind zu unterscheiden: a. die theilbaren dinglichen Rechte außer dem Pfandrecht (Eigenthum, Ususfructus, Emphyteuse, Superficies); hier entsteht unter den Miterben Miteigenthum u. s. w.; b. die untheilbaren dinglichen Rechte (Prädialservituten, Usus) und das Pfandrecht (§ 191 Note 2. 3); hier wird ein jeder Miterbe in solidum berechtigt; c. die Obligationen; je nachdem sie theilbar oder untheilbar sind, entstehen so

[17] l. 1. § 1. l. 6. pr. D. h. t. 42, 6. — [18] l. 1. § 17. l. 5. D. h. t. 42, 6; in letzterer wird die abweichende Ansicht Papinians in l. 3. § 2. D. h. t. ausdrücklich verworfen. — [19] l. 1. § 13. D. h. t. 42, 6. — [20] l. 1. § 12. D. h. t. 42, 6. — [21] l. 2. D. h. t. 42, 6. — [22] l. 1. §§ 10. 11. 15. 16. D. h. t. 42, 6. — [23] l. 1. § 2. D. h. t. 42, 6. — [24] l. 1. §§ 5. 6. D. h. t. 42, 6. — [25] l. 7. § 1. i. f. D. de ann. 33, 1. — [26] l. 5. § 2. D. de o. et a. 44, 7; § 5. I. de obl. qu. ex contr. 3, 27; l. 5. §§ 3. 4. D. qu. ex c. in poss. 42, 4. — [27] l. 19. D. de leg. 3. (32).

viel einzelne Theil- resp. Solidarobligationen als Erben vorhanden sind (§ 244 Note 12 ff.). — Bezüglich aller Rechte, mit Ausnahme der theilbaren Obligationen, stehen die Miterben in einer sog. zufälligen Gemeinschaft, und es finden deshalb auf sie die Grundsätze des § 304 Anwendung. Ueber die daselbst erwähnte actio familiae erciscundae gelten folgende Grundsätze:

1. Gegenstand des Processes ist der gesammte Nachlaß[1]; ausgenommen ist a) was seiner Natur nach untheilbar ist (z. B. Prädialservituten); b) was seiner Bestimmung nach ungetheilt bleiben soll (wie Urkunden und Begräbnißplätze)[2]; c) was bereits unter den Erben vertheilt ist[3], namentlich kann der Erblasser einzelne Stücke, auch den ganzen Nachlaß vertheilen (§ 394 Note 11); d) Sachen, deren Besitz Privatpersonen verboten ist (in den Quellen werden Gifte, verbotene Bücher genannt)[4] oder die der Erblasser durch ein Verbrechen erworben hat[5]; e) alle Obligationen; denn dieselben sind, wenn theilbar, bereits getheilt, wenn untheilbar, so ergreifen sie einen Jeden in solidum; sind jedoch in einer Erbschaft mehrere theilbare Forderungen resp. Schulden vorhanden, so erfordert häufig das Interesse der Erben, daß dem Einen diese, dem Anderen jene Forderung resp. Schuld ganz zugewiesen werde, und der Theilungsrichter kann deshalb auch Obligationen in den Proceß hereinziehen[6].

2. Theilungsgrundsätze. Die Regeln des § 302 Note 20 ff. gelten auch hier; hinzuzufügen ist, daß der Theilungsrichter die Anordnungen des Erblassers berücksichtigen muß; sowie daß die Theilung nicht unter allen Miterben zu geschehen braucht[7] (z. B. Einige wollen die Gemeinschaft fortsetzen).

3. Auch über die Ansprüche, welche aus der zufälligen Gemeinschaft der Miterben unter diesen entstanden sind, hat der Theilungsrichter zu erkennen[8]; diese Ansprüche selbst sind bereits in § 304 Note 2—6 dargestellt. Wegen dieser Ansprüche ist die act. fam. erc. eine gemischte Klage: tam in rem quam in personam (§ 80 N. 12. 13).

§ 429. Die Collationsverbindlichkeit.

t. D. XXXVII, 6: de collatione bonorum; XXXVII, 7: de dotis collatione. — t. C. VI, 20: de collationibus. — Francke, Civilistische Abhandlungen. Nr. 4. 1826. — Fein, das Recht der Collation. 1842. — Vangerow, §§ 515. 516.

Gewisse Miterben müssen, weil sie erben, ihr Vermögen oder einen Theil desselben mit gewissen anderen Miterben theilen: sie müssen conferiren, einwerfen. Die Collationsverbindlichkeit hat sich im Römischen Rechte in mehreren Formen entwickelt.

I. Die älteste Form ist die collatio bonorum, die sog. Emancipatencollation. Nach altem Civilrechte erwerben Sui, was

[1] l. 25. § 20. D. h. t. 10, 2. — [2] l. 4. § 3. l. 5. l. 6. l. 30. D. h. t. 10, 2; l. 4. C. de rel. 3, 44. — [3] l. 44. pr. D. h. t. 10, 2; l. 1. C. h. t. 3, 36. — [4] l. 4. § 1. D. h. t. 10, 2. — [5] l. 4. § 2. D. h. t. 10, 2. — [6] l. 3. l. 2. § 5. l. 20. §§ 3. 5. D. h. t. 10, 2. — [7] l. 2. § 4. D. h. t. 10, 2; zu Pauli s. r. I. 18. § 4. vgl. l. 17. C. h. t. 3, 36. — [8] l. 22. § 4. l. 44. pr. D. h. t. 10, 2.

sie erwerben, ihrem Gewalthaber, andererseits beerben sie ihn; Emancipati hingegen erwerben für sich, andererseits haben sie kein Erbrecht gegen ihren früheren Gewalthaber. Als nun durch das prätorische Edict neben den Sui noch andere Personen, namentlich die Emancipati, als Intestat- und Notherben des Vaters anerkannt wurden, so ward denselben, wie es die Billigkeit verlangte, die Pflicht auferlegt, falls sie von ihrem Erbrechte Gebrauch machten, ihren Erwerb (ihr ganzes Vermögen) den Sui zu conferiren. — Collationspflichtig ist demnach der Emancipatus (und wer ihm gleichgestellt ist) nur dann, wenn er Intestat- oder Notherbe ist, nicht dann, wenn er auf Grund des Testaments des Erblassers erbt[1]. Er ist es nur gegenüber den Sui, mit welchen er zusammen erbt, nicht auch gegenüber anderen Emancipati[2]. Auch gegenüber den Sui ist er es nur unter der Voraussetzung, daß er ihnen durch seine Concurrenz etwas entzieht[3] (wenn daher ein Emancipatus mit seinen eigenen Kindern nach der clausula Iuliani de coni. cum emanc. lib. [§ 407 Note 3] und mit anderen Sui concurrirt, so conferirt er bloß den ersteren)[4], und auch nur insoweit, als er ihnen etwas entzieht (wenn der Erblasser einen Suus auf $^3/_4$, einen Extraneus auf $^1/_4$ eingesetzt, einen Emancipatus übergangen hat und der letztere vermöge der bonorum possessio contra tabulas die Hälfte der Erbschaft erhält, so braucht er dem Suus nur ein Viertel seines Vermögens herauszugeben)[5]. Daher das Rechtssprüchwort der Neueren: ei confertur, cui aufertur. — Gegenstand der Collation ist das ganze Vermögen des Emancipatus[6], soweit es im Augenblick des Todes des Erblassers existirt[7]; frühere Vermögensbestandtheile nur dann, wenn der Emancipatus ihren Verlust durch Dolus herbeigeführt hat[8]; nach dem Tode des Erblassers steht der Emancipatus für culpa levis ein[9]. — Die Collation kann dadurch erfolgen, daß das Vermögen zum Zweck der Theilung thatsächlich hingegeben oder dadurch, daß vom Erbtheil der entsprechende Theil des Werthes des Conferendum abgerechnet wird (Realcollation)[10]; aber es genügt, wenn der Collationspflichtige mit Bürgen oder Pfändern Caution dafür bestellt, daß er conferiren werde (Verbalcollation)[11]. Eine Klage auf die eine oder andere Art der Collation steht dem Suus gegenüber dem Emancipatus nicht zu, sondern es werden dem letzteren, so lange er seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, seine Rechte auf die Erbschaft vorenthalten[12]. — Der Grund, auf welchem die Collationspflicht des Emancipatus ruht, besteht (wie schon erwähnt) darin, daß derselbe seit seiner Emancipation jeden Erwerb für sich macht, während nach Civilrecht der Suus für den Erblasser erwirbt. Als nun in der Kaiserzeit der Suus gewisse Erwerbungen für sich machte, so ward, soweit dies geschah, der Emancipatus seiner Collationspflicht ledig[13]; zur Zeit der

[1] l. 1. pr. D. h. t. 37, 6; l. 1. C. h. t. 6, 20. — [2] l. 1. § 24. l. 3. §§ 2. 3. D. h. t. 37, 6. — [3] l. 1. §§ 4. 5. D. h. t. 37, 6. — [4] l. 1. § 13. D. de conj. c. em. lib. ej. 37, 8. — [5] l. 1. § 3. D. h. t. 37, 6. — [6] l. 1. pr. l. 3. § 3. D. h. t. 37, 6. — [7] l. 6. l. 15. C. h. t. 6, 20; zu l. 2. pr. D. h. t. 37, 6 vgl. oben § 389. Note 11. — [8] l. 1. § 23. l. 2. § 2. D. h. t. 37, 6. — [9] l. 2. § 2. D. h. t. 37, 6. — [10] l. 1. §§ 11. 12. D. h. t. 37, 6; l. 5. C. h. t. 6, 20. — [11] l. 1. § 9. l. 2. § 9. l. 5. § 1. D. h. t. 37, 6. — [12] l. 1. §§ 10. 13. l. 2. §§ 8. 9. l. 3. pr. D. h. t. 37, 6; l. 11. l. 12. l. 16. C. h. t. 6, 20. — [13] l. 1. § 15. D. h. t. 37, 6.

Justinianischen Codification braucht er bloß noch das zu conferiren, was ihm der Vater bei der Emancipation oder nachher geschenkt hat, sowie die Früchte derjenigen Erwerbungen, welche abgesehen von seiner Emancipation adventicia regularia geworden wären[14]. Man streitet darüber ob durch die Nov. 115 und 118 dieser Rechtszustand abgeändert worden ist, m. a. W. ob die ganze collatio bonorum heut unpractisch sei oder nicht. Nach richtiger Meinung ist es bezüglich der Nov. 118 zu bejahen; denn dieses Gesetz beruft ohne Unterscheidung von Sui und Emancipati die Descendenten als Intestaterben; alle auf die frühere Unterscheidung gestützten Rechtsvorschriften sind damit von selbst gefallen. Bezüglich der Nov. 115 hängt die Entscheidung der Streitfrage von der Vorfrage ab, ob das Corrections- oder das Derogationssystem zu billigen sei; die Anhänger des ersteren (und zu diesen gehört der Verfasser, § 416 unter IV) müssen die fortdauernde Giltigkeit der collatio bonorum bei der Notherbfolge der Emancipirten behaupten; die Anhänger des Derogationssystems betrachten sie als weggefallen.

II. Das prätorische Edict verordnete ferner die collatio dotis. Nach den Grundsätzen über die collatio bonorum (I) brauchte eine den Vater als Intestat- oder Notherbin mitbeerbende Tochter ihre Dos nur dann zu conferiren, wenn sie emancipirt war (nicht aber, wenn sie beim Tode des Vaters noch in dessen Gewalt stand), ferner nur dann, wenn sie neben sui heredes erbte (nicht aber, wenn neben Emancipirten). Nach einem besonderen prätorischen Edict muß aber auch die Sua, welche eine dos profecticia oder adventicia hat[15], als Intestat- sowie als Notherbin[16] ihres Gewalthabers conferiren, und zwar conferirt sie, wenn sie neben Sui erbt, sowohl die dos profecticia als die adventicia[17], wenn neben Emancipirten, bloß die dos profecticia[18]. Grund der Collation ist, daß die Dos nach Aufhebung der Ehe regelmäßig an die frühere Sua fällt (§ 338 unter 1). Im Justinianischen Rechte ist die Collation der dos adventicia völlig geschwunden (oben Note 14), die der dos profecticia ist in die unter III. darzustellende Collation aufgegangen.

III. Durch Verordnungen der Kaiser Leo und Justinian[19] entwickelte sich diejenige Collation, welche heut am meisten in Anwendung kommt und von Vielen (oben I. a. E.) als die allein praktische angesehen wird: die sog. Descendentencollation. Danach müssen Descendenten bei Beerbung irgend eines Ascendenten die Dos, donatio propter nuptias, Militia, welche sie von dem Erblasser empfangen, den miterbenden Descendenten conferiren; ferner muß, wenn ein Descendent keine Dos resp. keine don. pr. nupt., aber eine einfache Schenkung, ein anderer umgekehrt eine Dos resp. eine don pr. nupt., aber keine einfache Schenkung vom Erblasser erhalten hat, die einfache Schenkung conferirt werden; abgesehen von diesem Falle ist eine einfache Schenkung nur dann zu conferiren, wenn der Erblasser es bei Vornahme

[14] l. 17. cf. l. 21. C. h. t. 6, 20; Basil. 51, 7 cap. 36. — [15] l. 3. D. h. t. 37, 7; l. 4. l. 7. C. h. t. 6, 20. — [16] l. 1. § 2. l. 3. D. h. t. 37, 7. — [17] l. 1. § 7. D. h. t. 37, 7; l. 4. C. h. t. 6, 20. — [18] l. 4. i. f. C. h. t. 6, 20. — [19] l. 17. (von Leo) l. 20. (von Justinian) C. h. t. 6, 20; Nov. 18. c. 6.

der Schenkung verordnet hatte. — Vergleicht man diese Conferenda mit dem, was auf den Pflichttheil eingerechnet werden muß (§ 415 unter III), so ergibt der Augenschein, daß sie sich nicht völlig decken, namentlich brauchen Vermächtnisse nicht conferirt zu werden; unrichtig ist deshalb die Bemerkung Justinians [20], daß Alles, was auf den Pflichttheil einzurechnen ist, conferirt werden muß. — Die Collation findet bei jeder Art von Erbfolge (auch bei der testamentarischen) statt, außer wenn der Erblasser in irgend welcher Form das Gegentheil bestimmt hat. — Von den zu conferirenden Gegenständen sind heut die don. pr. nupt. und die Militia weggefallen; dagegen ist durch die Praxis das sog. subsidium paternum hinzugetreten, d. h. dasjenige, was ein Ascendent bei Lebzeiten einem miterbenden Descendenten zur Begründung einer Wirthschaft oder eines Geschäftes gegeben hatte. — Der Grund der Descendentencollation ist, daß nicht füglich angenommen werden kann, es habe der Erblasser durch Zuwendungen unter Lebenden eine Ungleichheit unter seinen Descendenten statuiren wollen. Aus diesem Gesichtspunkte sind folgende Fragen zu entscheiden, welche in den Quellen mit Stillschweigen übergangen werden und heut streitig sind:

1. Ob liberi naturales (heut: uneheliche Kinder), welche ihren Erzeuger mitbeerben, collationspflichtig sind? Es ist zu verneinen, denn sie gehören nicht zu den Descendenten.

2. Ob entferntere Descendenten (Enkel), welche an Stelle näherer Descendenten (ihrer Eltern) treten, das zu conferiren haben, was die letzteren hätten conferiren müssen, wenn sie mitgeerbt hätten? Es ist schlechthin zu bejahen, gleichviel ob sie ihre Eltern beerbt haben oder nicht, gleichviel ob sie das Conferendum von ihren Eltern erhalten haben oder nicht.

3. Ob Enkel, welche an Stelle ihrer Eltern treten, auch das conferiren müssen, was sie selbst vom Erblasser empfangen haben? Es ist zu bejahen, gleichviel ob sie es bei Lebzeiten ihrer Eltern oder erst nach deren Tode vom Erblasser empfangen haben.

4. Ob bloß denjenigen Descendenten, welche durch die Concurrenz des Collationspflichtigen einen Nachtheil erleiden (wie im alten Rechte, oben Note 3—5) oder allen Descendenten conferirt werden muß? Das letztere entspricht dem neuen Princip; denn die bei Lebzeiten geschehenen Zuwendungen haben das ganze Vermögen des Erblassers, also auch den Erbtheil eines jeden Miterben verkleinert; die Regel: ei confertur cui aufertur findet demnach bei der Descendentencollation keine Anwendung.

III. Schutz des Erbrechts.

Vorbemerkung.

Die Streitigkeiten, in welche der Erbe mit dritten Personen geräth, sind von doppelter Art. Entweder erkennt der Dritte das Erbrecht des Erben an, aber er leugnet, daß er etwas zur Erbschaft Gehöriges besitze, resp. daß er dem Erblasser (also dem Erben) etwas verschulde.

[20] In l. 20. C. h. t. 6, 20.

Oder er gibt zu, daß er etwas zur Erbschaft Gehöriges besitze, resp. daß er dem Erblasser etwas verschulde, aber er weigert trotzdem die Herausgabe resp. die Zahlung und zwar deshalb, weil er das Erbrecht des Erben bestreitet. Im ersten Falle muß der Erbe diejenigen Klagen gegen den Dritten anstellen, welche der Erblasser hätte anstellen können[1]; sie heißen Singularklagen. Zur Entscheidung des zweiten Falles dienen die sog. Universalklagen, die ihren Namen davon haben, weil sie den Erben in seinem Rechte auf die gesammte Erbschaft (universitas iuris, § 37 a. E.) schützen. Der Universalklagen gibt es drei; Eine mit definitiver Entscheidung des Streites: die hereditatis petitio (§§ 430—434); zwei mit bloß provisorischer Entscheidung: das int. quorum bonorum und das sog. remed. ex l. ult. C. de ed. d. Hadr. tollendo (§ 435).

A. Hereditatis petitio.

t. D. V, 3: de hereditatis petitione. — t. C. III, 31: de petitione hereditatis. — Buchholtz, Abhandlungen. Nr. 1. 1833. — Arndts, Beiträge Nr. 1. 1837. — Francke, Commentar über den Pandektentitel: de hereditatis petitione. 1. Abth. 1864. — Vangerow, §§ 505—507.

1) § 430. Voraussetzungen der Klage.

Die her. pet. ist die Klage zur endgiltigen Entscheidung des Erbrechtes; sie steht dem Erben gegen denjenigen zu, welcher ihm etwas Erbschaftliches deshalb vorenthält, weil er sein Erbrecht bestreitet. Die hereditatis petitio ist eine hereditatis vindicatio[1], d. h. sie ist in Grund und Zweck der rei vindicatio (§ 150 ff.) analog; sie soll daher ähnlich wie diese dargestellt werden.

1. Kläger ist der Erbe, welchem Jemand etwas Erbschaftliches deshalb vorenthält, weil er sein Erbrecht bestreitet. Welcher Art das Erbrecht des Klägers ist, darauf kommt materiell nichts an; es äußert sich nur im Namen der Klage; sie heißt, je nachdem sie vom civilen, vom prätorischen Erben, vom Universalfideicommissar (§ 454) angestellt wird, her. pet. civilis, possessoria, fideicommissaria[1a]. Auch der Eripient, sowie der Erwerber der bona vacantia[2] und Derjenige, welcher durch Kauf der Erbschaft an die Stelle des Fiscus getreten ist[3], kann die her. pet. utilis anstellen. Die Klage kann sowohl vom Allein- als vom Theilerben (sog. her. pet. partiaria)[4] angestellt werden; letzterenfalls muß der Kläger den Theil, zu welchem er Erbe geworden, genau angeben, es sei denn, daß er ihn ohne seine Schuld nicht kennt[5]; stammt seine Unkenntniß daher, daß ein miterbender Postumus erwartet wird, so wird sie vorläufig dadurch gehoben, daß man Drillinge annimmt[6].

---

[1] l. 4. C. in qu. c. cessat 7, 34.

[1] Gai. 4, 17; l. 8. D. h. t. 5, 3; l. 19. i. f. D. de inoff. 5, 2. — [1a] t. D. 5, 5: de possessoria h. p.; 5, 6: de fideicommissaria h. p. — [2] l. 20. §§ 6. 7. D. h. t. 5, 3. — [3] l. 54. pr. D. h. t. 5, 3. — [4] t. D. 5, 4: si pars hereditatis petatur. — [5] l. 1. § 5. i. f. D. si pars 5, 4. — [6] l. 3. l. 4. D. si pars 5, 4; l. 7. pr. D. de r. dub. 34, 5; l. 36. D. de sol. 46, 3.

2. Verklagter ist Derjenige, welcher dem Erben etwas Erbschaftliches deshalb vorenthält, weil er sein Erbrecht bestreitet, in den Quellen der possessor pro herede vel pro possessore [7]. Mit den Worten poss. *pro herede* wird Derjenige bezeichnet, welcher sich selbst für den Erben ausgibt, sei es in redlicher oder in lügnerischer Weise, sei es für den civilen oder für den prätorischen Erben [8] oder für den Universalfideicommissar [9]; Derjenige, welcher von diesen die Erbschaft gekauft hat, haftet mit der her. pet. utilis [10]. Die Worte poss. *pro possessore* gehen auf Denjenigen, welcher sich nicht für den Erben ausgibt und zugleich weiß, daß er seinen Besitz auf keinen oder doch nur auf einen nichtigen Titel stützen kann [11]; dadurch daß er trotz dieses Bewußtseins dem Erben etwas vorenthält, bestreitet er thatsächlich sein Erbrecht. — Der vorenthaltene Gegenstand braucht nicht die ganze Erbschaft zu umfassen; er kann ein einzelnes Stück sein [12]. Ferner ein körperlicher oder ein unkörperlicher Gegenstand; unter dem ersten Gesichtspunkte haftet nicht bloß Derjenige, welcher dem Erblasser zu Eigenthum gehörige Sachen besitzt, sondern auch wer Sachen hat, die der Erblasser redlich besaß oder an denen er ein Retentionsrecht ausübte, oder welche er detinirte und für welche er zugleich haftete, z. B. es war ihm eine Sache commodirt oder bei ihm deponirt worden [13]; unter dem letzten Gesichtspunkte (als iuris possessor) haftet Derjenige, welcher dem Erblasser irgend etwas schuldete und nunmehr, da er sich für den Erben ausgibt, den Untergang der Schuld durch Confusion behauptet [14]; ferner Derjenige, welcher ein erbschaftliches Grundstück pro herede besaß, später daraus mit Gewalt vertrieben wurde, und nunmehr die Rechte eines Entsetzten (das int. unde vi) gegen den Gewaltthätigen hat [15]. — Wie der Vorenthaltende haftet der fictus possessor, d. h. a) der unredliche Besitzer, welcher sich vor der Insinuation der Klage doloser oder culposer Weise des Vorenthaltenen entäußerte [16]; der redliche Besitzer haftet, falls er den Besitz vor der Insinuation der Klage verloren hat, nur dann, wenn er durch den Verlust um etwas bereichert ist [17]; b) Derjenige, welcher wohlwissend, daß er nichts vorenthalte, dennoch sich auf den Proceß einläßt, als ob er etwas vorenthalte [18] (vergl. § 150 Note 6—10).

2) § 431. Der Beweis.

Den Voraussetzungen gemäß (§ 430) ist der Beweis gestaltet. Kläger muß beweisen:

1. Daß er Erbe sei (§ 390). Zu diesem Zwecke muß er darthun,

a. Daß der Erblasser gestorben resp. für todt erklärt sei.

b. Daß ihm selbst die Erbschaft ganz oder zum Theil deferirt sei. Beruft er sich auf ein schriftliches Testament, so muß er es in der Regel im Original vorlegen und seine Echtheit resp. die Beobachtung der er-

[7] l. 9. D. h. t. 5, 3. — [8] l. 11. pr. D. h. t. 5, 3. — [9] l. 20. § 13. D. h. t. 5, 3. — [10] l. 13. §§ 4—6. 8—11. D. h. t. 5, 3. — [11] l. 11. § 1.—l. 13. § 1. l. 16. § 4. D. h. t. 5, 3. — [12] l. 4. l. 10. pr. § 1. D. h. t. 5, 3. — [13] l. 19. pr. § 2. D. h. t. 5, 3. — [14] l. 13. § 15. D. h. t. 5, 3. — [15] l. 16. § 4. D. h. t. 5, 3. — [16] l. 13. § 2. l. 25. § 2. D. h. t. 5, 3. — [17] l. 25. § 11. l. 36. § 4. D. h. t. 5, 3. — [18] l. 13. § 13. l. 45. D. h. t. 5, 3.

forderlichen Solennitäten beweisen; nicht von selbst ersichtliche Mängel der Testamentserrichtung (z. B. Unfähigkeit des Testator oder eines Testamentszeugen), sowie die spätere Aufhebung des Testaments muß der Verklagte beweisen [1]. Ist die Testamentsurkunde zerstört oder verloren, so muß Kläger ihre giltige Errichtung und ihren Inhalt durch andere Beweismittel darthun [2]. Beruft sich der Kläger auf ein mündliches Testament, so wird dessen Inhalt nur durch die Aussage sämmtlicher Testamentszeugen erwiesen. Macht der Kläger ein Intestat- oder ein Notherbrecht geltend, so muß er seine Verwandtschaft resp. seine Ehe mit dem Erblasser darthun; stehen zwischen ihm und dem Erblasser nähere erbberechtigte Verwandte, so muß er deren Wegfallen beweisen; hingegen ist es Sache des Verklagten, seine gleich nahe Verwandtschaft mit dem Erblasser oder ein die Intestaterbfolge ausschließendes Testament nachzuweisen.

c. Daß er die Erbschaft erworben habe, braucht Kläger nur dann zu beweisen, wenn er die Antretung in bestimmter Form oder Frist vornehmen sollte; entgegengesetzten Falles liegt in der Anstellung der Erbschaftsklage eine Erbantretung.

2. Daß der Verklagte dem Kläger etwas Erbschaftliches deshalb vorenthalte, weil er sein Erbrecht bestreitet, resp. daß er als fictus possessor zu behandeln sei.

Uebrigens ist in Einem Falle der Kläger des Beweises des Erbrechts überhoben. Wenn nämlich der Verklagte leugnet, daß er etwas Erbschaftliches habe, der Kläger aber es beweist, so wird der letztere ohne weiteren Beweis in den Besitz des Vorenthaltenen gesetzt (bei den Römern in einem besonderen Verfahren, welches int. quam hereditatem hieß) [3]; es bleibt jedoch dem bisherigen Verklagten unbenommen, nunmehr als Kläger seinerseits das Erbrecht in Anspruch zu nehmen (vgl. § 151 N. 45).

3) § 432. Verpflichtungen des Verklagten.

Ein Senatusconsultum von 129 n. Chr., das sog. sct. Iuvencianum [1], und dessen Fortbildung durch die römischen Juristen stellte über die Verpflichtungen des Verklagten folgenden Grundsatz auf: es ist einerseits auf die Unredlichkeit resp. Redlichkeit des Verklagten andererseits auf den Augenblick der Mittheilung (Insinuation) der Klage an den Verklagten (§ 95 Note 39) zu sehen; der unredliche Besitzer (praedo) muß Alles, was er von der Erbschaft besitzt [2], nebst allem daraus gezogenen Gewinn herausgeben [3]; der redliche Besitzer soll vor der Klageinsinuation von dem Erbschaftsbesitz weder Vortheil noch Verlust haben, und er haftet deshalb aus dieser Zeit lediglich in Höhe seiner Bereicherung, aus der Zeit nach der Klageinsinuation haftet er wie der unredliche Besitzer [4]. Was die Prästirung von Culpa und Casus anbetrifft, so steht soviel fest, daß der Unredliche von Anfang

[1] l. 11. C. de prob. 4, 19; cf. l. 5. C. de cod. 6, 36. — [2] l. 30. C. de test. 6, 23. — [3] cf. l. 80. D. de r. v. 6, 1; fr. Vat. § 92.

[1] l. 20. § 6. l. 22. i. f. D. h. t. 5, 3. — [2] l. 18. § 2. D. h. t. 5, 3. — [3] l. 20. § 3. l. 25. § 20.—l. 29. l. 32. D. h. t. 5, 3. — [4] l. 22. i. f. l. 25. §§ 7. 11—16. l. 28. l. 31. § 3. l. 20. § 11. l. 40. pr. D. h. t. 5, 3.

an, der Redliche von der Klageinsinuation an für Culpa einsteht[5]; bezüglich des Casus kehrt die in § 152 Note 5 und 6 erwähnte Streitfrage der römischen Juristen auch hier wieder[6] und ist hier wie dort zu entscheiden. — Zur Verdeutlichung der angegebenen Regeln dienen folgende Quellenentscheidungen:

1. Der Unredliche haftet vom Augenblick seiner Unredlichkeit an für fructus percepti und percipiendi[7]; hat er eine Erbschaftssache veräußert, so muß er sie selbst prästiren, und wenn er sie nicht herbeischaffen kann, das Interesse leisten[8]; hat er Erbschaftsgeld ausgeliehen, so haftet er nach Wahl des Klägers auf Cession seiner Forderung oder auf das Geld selbst[9]; ebenso wenn er ungiltige Vermächtnisse aus Irrthum ausgezahlt hat[10].

2. Der Redliche haftet nach der Zustellung der Klage in demselben Umfange wie der Unredliche[11]; vor der Zustellung der Klage haftet er bloß auf fructus percepti, und auch auf diese nur, sofern er noch bereichert ist[12] (d. h. sofern er sie selbst oder den Erlös noch hat oder wenn er durch ihre Verzehrung eine anderweite Ausgabe erspart hat); hat er vor der Zustellung der Klage eine Erbschaftssache veräußert, so haftet er bloß auf den Erlös, und auch auf ihn nur, sofern er noch daraus bereichert ist; für Verschenkung von Erbschaftssachen, welche er vor der Zustellung der Klage vorgenommen hat, kommt er garnicht auf, außer insofern er ein Gegengeschenk empfangen hat[13]; hat er vor der Zustellung der Klage Erbschaftsgeld ausgeliehen oder ungiltige Vermächtnisse aus Irrthum ausgezahlt, so haftet er bloß auf Cession der Forderung, welche er an den Darlehnsschuldner resp. an den Empfänger des (angeblichen) Vermächtnisses hat[14].

4) § 433. Einreden des Verklagten.

Dem Klageantrage kann der Verklagte eine Retentionseinrede (exc. doli) in folgenden Fällen entgegensetzen:

1. Wegen Verwendungen. Der Unredliche hat das Retentionsrecht wegen der imp. necess. und utiles, sofern sie noch vorhanden sind; die imp. volupt. kann er bloß wegnehmen. Das Gleiche gilt bezüglich des Redlichen, wenn er nach der Zustellung der Klage Verwendungen gemacht hat; that er es vorher, so hat er wegen aller (auch wegen der nicht vorhandenen und wegen der imp. vol.) das Retentionsrecht[1]; daher kann er Verwendungen, die er vor dieser Zeit auf die Ziehung der Früchte machte, selbst dann abziehen, wenn er keine Früchte gezogen hat[2].

2. Wegen eigener Forderungen an den Erblasser. Der redliche Besitzer kann sie alle (selbst die naturalen) in Abzug bringen, der

[5] l. 25. § 2. l. 31. § 3. D. h. t. 5, 3. — [6] l. 40. pr. D. h. t. 5, 3; l. 20. § 21. eod. (bei letzterer erinnere man sich, daß im § 11. Ulpian den bon. fid. poss. nach der Klageinsinuation einen mal. fid. poss. nennt). — [7] l. 20. §§ 2. 12. l. 25. § 4. D. h. t. 5, 3; § 2. I. de off. jud. 4, 17. — [8] l. 18. pr. l. 20. §§ 17. 21. l. 23. pr. l. 25. § 1. l. 36. § 3. D. h. t. 5, 3. — [9] l. 30. D. h. t. 5, 3. — [10] l. 3. D. de cond. ind. 12, 6; cf. l. 17. D. h. t. 5, 3. — [11] Vgl. die Stellen in Note 7—10. — [12] l. 1. C. h. t. 3, 31; § 2. I. de off. iud. 4, 17. — [13] l. 20. § 21. l. 25. § 11. D. h. t. 5, 3. — [14] Vgl. die Stellen in Note 9. 10.

[1] l. 38. l. 39. D. h. t. 5, 3. — [2] l. 37. l. 36. § 5. D. h. t. 5, 3.

unredliche nur dann, wenn die schleunige Zahlung im Interesse des Schuldners liegt, z. B. bei einer Forderung unter einer Conventionalstrafe[3].

3. Wegen Zahlungen an Erbschaftsgläubiger. Diese kann der redliche und der unredliche Besitzer in Abzug bringen[4]. Zahlungen an Nichtgläubiger (aus Irrthum) keiner von beiden[5].

Anhang.

§ 434. Die exc. quod praeiudicium hereditati non fiat.

Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. 1852. — Vangerow, § 508.

I. Ursprüngliche Anwendung der Exceptio. Die hereditatis petitio ist die zur Austragung eines Erbschaftsstreites bestimmte Klage[1]; sie unangewendet lassen und statt ihrer zu einer Singularklage gegen einen Erbschaftsprätendenten greifen, heißt den unter den Parteien bestehenden Streitpunkt verschieben; auch könnte dann der Erbe den Erbschaftsprätendenten mit unzählig vielen Singularklagen belästigen[2] und sich den Rechtsgrundsätzen der her. pet. entziehen. Deshalb gilt die Vorschrift: gegen einen Erbschaftsprätendenten darf der Erbe keine Singularklage anstellen, widrigenfalls steht dem Verklagten die exc. quod praeiudicium hereditati non fiat zu[3].

II. Die Ausdehnung der Exceptio liegt

1. Bald im Interesse des redlichen Erbschaftsbesitzers. Hat derselbe vor Zustellung der Klage eine erbschaftliche Sache derartig veräußert, daß er dem Erwerber im Fall der Eviction regreßpflichtig ist, so darf der Erbe die Sache vom Erwerber nicht vindiciren, entgegengesetzten Falles steht diesem die exc. quod praeiudicium hereditati non fiat zu[4].

2. Bald im Interesse eines Erbschaftsschuldners. Wenn ein solcher während schwebender hered. petitio von einer Proceßpartei auf Zahlung belangt wird, so kann er der Klage die exc. quod praeiudicium hereditati non fiat entgegensetzen, außer wenn Gefahr im Verzuge ist (z. B. die eingeklagte Forderung geht ihrer baldigen Verjährung entgegen)[5] oder wenn ihm der Kläger gegen die Belangung Seitens der anderen Proceßpartei Caution leistet[6].

3. Unter den classischen Juristen war es bestritten, ob, solange die her. petitio schwebe, eine Proceßpartei von einem Erbschaftsgläubiger resp. einem Vermächtnißnehmer auf Erfüllung belangt werden könne, oder ob dem Belangten die exc. quod praeiudicium hereditati non fiat zustehe. Nach einer Verordnung Justinians[7] ist die Exceptio in beiden Fällen unzulässig; von den Vermächtnißnehmern jedoch kann der Belangte bei der Erfüllung Caution dafür verlangen, daß sie ihm, falls er im Erbschaftsprocesse unterliege, das Geleistete nebst den gezogenen Nutzungen resp. (bei Geldvermächtnissen) drei Procent Zinsen zurückgeben werden.

---

[3] l. 31. §§ 1. 2. D. h. t. 5, 3. — [4] l. 31. pr. D. h. t. 5, 3; l. 5. C. h. t. 3, 31. — [5] l. 20. § 18. i. f. D. h. t. 5, 3.

[1] l. 5. § 2. D. h. t. 5, 3; l. 12. pr. C. h. t. 3, 31. — [2] l. 13. § 4. D. h. t. 5, 3. — [3] l. 5. § 2. D. h. t. 5, 3; Gai. 4, 133. — [4] l. 25. § 17. D. h. t. 5, 3. — [5] l. 49. D. h. t. 5, 3. — [6] l. 1. § 37. D. dep. 16, 3. — [7] l. 12. C. h. t. 3, 31.

B. § 435. Provisorischer Schutz des Erbrechts.

Savigny, vermischte Schriften. Bd. 2. Nr. 17. 1849. — Briegleb, summarische Processe. S. 205—224. — Vangerow, §§ 509. 510.

I. Interd. quorum bonorum[1]. Die Natur dieses Rechtsmittels im Römischen Recht ist bestritten. Nach der herrschenden Meinung hatte der prätorische Erbe von Anfang an zwei Rechtsmittel: die her. pet. possessoria um eine definitive Entscheidung über sein Erbrecht in dem ordentlichen Proceßverfahren herbeizuführen; das int. quor bon., um den Besitz der körperlichen Erbschaftssachen in einem schleunigen Proceß von dem possessor pro herede vel pro possessore provisorisch zu erlangen. Nach einer anderen Meinung hatte der prätorische Erbe ursprünglich nur Ein Rechtsmittel: das int. quor. bon., in diesem ward über sein Erbrecht definitiv entschieden; später ward zu gleichem Zweck die her. pet. possessoria eingeführt, welche sich von dem int. quor. bon. nur in processualischer Hinsicht unterschied. Die Richtigkeit der herrschenden Ansicht geht mit Sicherheit aus den Quellen hervor[2]. — Heutzutage ist das int. quor. bon. unstreitig ein schleuniges Rechtsmittel, womit Derjenige, welcher ein Erbrecht bescheinigt (glaubhaft macht), die körperlichen Erbschaftssachen von dem possessor pro herede vel pro possessore provisorisch einfordern kann; behufs Herbeiführung eines definitiven Urtheils über das Erbrecht kann hierauf die hered. petitio angestellt werden. Als schleuniges Rechtsmittel wurde das int. quorum bonorum bisher im sog. unbestimmten summarischen Proceß verhandelt; da diese Proceßart der Reichscivilproceßordnung unbekannt ist, so muß im ordentlichen Proceß durch Abkürzung der Proceßfristen die Schleunigkeit des Verfahrens angestrebt werden (vgl. § 204 der Reichscivilproceßordnung).

II. Sog. remedium ex l. ult. C. de edicto d. Hadriani tollendo[3]. Eine Erbschaftssteuer, welche Augustus eingeführt hatte, veranlaßte die Verordnung Hadrians, daß, wer in einem äußerlich fehlerfreien Testament zum Erben eingesetzt ist, die Einweisung in den einstweiligen Besitz der Erbschaftssachen, die der Erblasser zur Zeit seines Todes besessen, gegenüber dem poss. pro herede vel pro possessore innerhalb eines Jahres verlangen könne, dagegen aber die Erbschaftssteuer entrichten müsse. Wiewohl zu Justinians Zeiten die Erbschaftssteuer nicht mehr bestand, so erneuerte er die Verordnung Hadrians, unterwarf jedoch das Rechtsmittel der gewöhnlichen Verjährung von dreißig Jahren[4]; er erklärte das Rechtsmittel dann für unzulässig, wenn der Besitzer pro herede die erbschaftliche Sache bereits ersessen hat.

---

[1] t. D. 43, 2; C. 8, 2: quorum bonorum. — [2] l. 3. C. h. t. 8, 2; l. 2. D. h. t. 43, 2; cf. l. 22. C. Th. quor. app. 11, 36. — [3] t. C. 6, 33: de edicto d. Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur; cf. Pauli s. r. 3, 5. §§ 14—18. — [4] l. 3. C. h. t. 6, 33.

Anhang.

§ 436. Veräußerung der Erbschaft.

t. D. XVIII, 4; t. C. IV, 39: de hereditate vel actione vendita. — Avenarius, der Erbschaftskauf i. R. R. 1877. — Vangerow, §§ 494. 517.

Veräußert der Erbe die Erbschaft, so gelten folgende Grundsätze:

1. Die Veräußerung bewirkt keine Universalsuccession sondern der Veräußerer bleibt Erbe; daher wird der Erwerber nicht Schuldner der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer, außer wenn er den Veräußerer expromittirt[1]; er erwirbt das Eigenthum der erbschaftlichen Sachen erst durch Tradition Seitens des Erben[2]; die erbschaftlichen Forderungen aber gehen sofort und ohne besonderen Cessionsact auf ihn über[3]. — Derjenige, welcher vom Fiscus eine Erbschaft kauft, hat die Stellung eines Universalsuccessor (§ 425 Note 26).

2. Die Contrahenten sind verpflichtet, einander das zu leisten, was sie haben würden, wenn nicht der Veräußerer, sondern der Erwerber Erbe geworden wäre[4]; demnach muß der Veräußerer Alles, was er als Erbe hat, dem Erwerber zuwenden; umgekehrt muß der Erwerber (abgesehen von der Gegenleistung, welche er dem Veräußerer versprochen hat) die Mittel zur Tilgung der Erbschaftsschulden und der Vermächtnisse dem Veräußerer geben[5]. — Streitig ist, ob der Erwerber auf eine Erbschaftsportion, welche dem Veräußerer nach geschehener Veräußerung accrescirt, Anspruch hat; die Quellen behandeln diesen Fall nicht; aus inneren Gründen ist die Streitfrage zu verneinen, denn in der Regel ist der Wille der Parteien bloß auf diejenige Erbportion gerichtet, welche dem Veräußerer im Augenblick des abgeschlossenen Geschäftes actuell zusteht.

Fünftes Capitel.

Die Vermächtnisse.

t. D. XXX—XXXII: de legatis et fideicommissis I, II, III. — t. C. VI, 37: de legatis; VI, 42: de fideicommissis; VI, 43: communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda. — t. I. II, 20: de legatis. — Roßhirt, Lehre von den Vermächtnissen nach Römischem Recht. 1835. — Mayer, Lehre von den Legaten und Fideicommissen. 1854. (Unvollendet!) — Arndts, Forts. von Glücks Pandekten. Bd. 46. 47. 48. Abth. 1. 1868—1875. (Unvollendet!).

Erster Titel.

§ 437. Begriff des Vermächtnisses und seine Gestaltungen im Römischen Recht.

Hartmann, über Begriff und Natur des Vermächtnisses im R. R. 1872. — Vangerow, § 519.

I. Begriff des Vermächtnisses. Zwei Legaldefinitionen ent-

---

[1] l. 2. C. h. t. 4, 39; l. 2. C. de leg. 6, 37. — [2] l. 6. C. h. t. 4, 39. — [3] l. 16. D. de pact. 2, 14; l. 5. C. h. t. 4, 39. — [4] l. 2. pr. § 18. D. h. t. 18, 4; l. 9. D. comm. pr. 8, 4. — [5] l. 2. §§ 3. 7. l. 24. D. h. t. 18, 4; l. 28. D. de don. 39, 5; l. 2. C. h. t. 4, 39; l. 2. C. de leg. 6, 37.

halten die Quellen; die eine in § 1 I. h. t. II, 20[1]: legatum est donatio quaedam a defuncto relicta ist nicht umfassend genug, weil sie nur die Vermächtnisse mit Vermögenswerth begreift; die andere in l. 116 pr. D. de leg. I (XXX): legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit bezieht sich bloß auf den häufigsten Fall, denn gewöhnlich ist das Vermächtniß eine einseitige letztwillige Zuwendung aus dem Nachlaß, wodurch derselbe um einzelne Stücke gemindert an den Erben gelangt. Allein das Vermächtniß braucht nicht an Erbschaftssachen stattzufinden (§§ 450. 452), es braucht überhaupt von keinem Vermögenswerth zu sein (§ 440); andererseits kann es die ganze Erbschaft zum Gegenstande haben (§ 454). Berücksichtigt man dies Alles, so muß man das Vermächtniß definiren als diejenige letztwillige Zuwendung eines Vortheils, welche in anderer Weise als durch Erbeinsetzung geschieht. — Auch das Zugewendete selbst heißt Vermächtniß.

II. Gestaltungen des Vermächtnisses im Römischen Rechte. Das Vermächtniß hat sich im Römischen Rechte in zwei Gestaltungen entwickelt: als legatum und als fideicommissum; das erstere schon den zwölf Tafeln angehörig und von dem strengen Charakter, welcher allen Gebilden des alten Civilrechts innewohnt, das letztere gegen Ende der Republik und ohne allen Rechtscharakter im Volksleben auftauchend, erst von Augustus zu einem Rechtsinstitut erhoben (N. 14). Die Verschiedenheiten Beider sind großentheils schon vor Justinian im Laufe der Kaiserzeit ausgeglichen, indem zum Theil die strengen Regeln des Legats auf das Fideicommiß, theils die Regellosigkeit der Fideicommisse auf das Legat übertragen wurden; was an Verschiedenheit noch bis zu Justinian existirte, das hat dieser in zwei Constitutionen von 529 und 531[2] durch die Anordnung beseitigt, daß die freieren Grundsätze des Fideicommisses Anwendung finden sollen. Im Nachstehenden soll eine Uebersicht über die bedeutendsten Verschiedenheiten der Legate und Fideicommisse gegeben werden:

1. Legate mußten mit bestimmten befehlenden lateinischen Worten angeordnet werden, nach deren Fassung man das legatum per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem unterschied. Bei Fideicommissen genügte der Ausdruck des Ersuchens, Wünschens, auch eine Geberde (nutus)[3]. Durch Verordnungen von Constantius (339) und Theodos (439) wurde auch die Errichtung von Legaten in beliebigen lateinischen oder griechischen Worten gestattet[4].

2. Legate mußten im Testament errichtet werden, Fideicommisse waren daran nicht gebunden; gewöhnlich errichtete der Erblasser die Fideicommisse im Testament oder in einem Schreiben an den Beschwerten (codicilli, codicillus)[5]; Constantin und Theodos schrieben für Codicille die gleiche Zeugenanzahl wie bei Testamenten vor[6]; Justinian verlangte die Zuziehung von fünf Zeugen[7]. In Codicillen, welche im Testament

---

[1] cf. l. 36. D. de leg. 2. (31). — [2] l. 1. l. 2. C. comm. de leg. et fid. 6, 43. — [3] Ulp. fr. 24, 1—6. 25, 1—3; Gai. 2, 193. 201. 209. 216. 249. 250. — [4] l. 21. C. de leg. 6, 37; l. 21. § 6. C. de test. 6, 23. — [5] pr. I. de cod. 2, 25; l. 89. pr. D. de leg. 2 (31). — [6] l. 1. l. 7. § 2. C. Th. de test. 4, 4. — [7] l. 8. § 3. C. de cod. 6, 36.

bestätigt wurden, konnten schon nach classischem Recht Legate errichtet werden [8].

3. Legate konnten nur dem testamentarischen Erben auferlegt werden, Fideicommisse auch dem Intestaterben, dem Legatar, dem Fideicommissar, deren Erben, überhaupt allen Denjenigen, welche unmittelbar oder mittelbar vom Erblasser durch dessen Tod Etwas gewannen [9].

4. Legate konnten nur Denen, welche die sog. testamentifactio passiva hatten, hinterlassen werden, Fideicommisse auch Anderen; ein Senatusconsult unter Hadrian erklärte die tf. pass. auch bei dem Fideicommissar für erforderlich [10].

5. Die Grundsätze über die Capacität bezogen sich ursprünglich bloß auf Legate; das sct. Pegasianum unter Vespasian übertrug die Vorschriften wegen Incapacität der Ehe- und Kinderlosen auch auf die Fideicommisse [11].

6. Die Vorschriften der l. Falcidia (§ 446) bezogen sich ursprünglich bloß auf Legate; das sct. Pegasianum und ein Rescript von Pius dehnte sie auf Fideicommisse aus [12].

7. Legate waren von Anfang an klagbar; die Klage war nach Art des Legats verschieden; das Vindicationslegat wurde mit einer act. in rem geltend gemacht, das Damnationslegat ursprünglich mit einer legis actio per manus iniectionem, später mit einer condictio, das sinendi modo-Legat mit einer condictio, das Praeceptionslegat mit einer act. familiae erciscundae [13]. Fideicommisse waren ursprünglich lediglich dem Gewissen des Beschwerten anheimgegeben; Augustus erklärte sie unter Umständen für klagbar (in der Form der extraordinaria persecutio) und dies ward allmählich zur Regel [14].

Zweiter Titel.

Die Errichtung des Vermächtnisses.

1) § 438. Die in Betracht kommenden Personen.

von Buchholtz, Lehre von den Prälegaten. 1850. — Kretschmar, die Natur des Prälegats nach R. R. 1874. — Vangerow, §§ 520—524.

Drei Personen kommen bei der Errichtung eines Vermächtnisses in Betracht: der Erblasser, der Bedachte, der Beschwerte.

I. Der Erblasser. Ein Vermächtniß kann nur Derjenige errichten, welchem die sog. testamentifactio activa zukommt [1]. Hat Jemand als Testirfähiger ein Testament gemacht, hierauf aber in testirunfähigem Zustand ein Vermächtniß errichtet, so wird, wenn er sodann die Testirfähigkeit wieder erlangt und sein Testament wieder zu

[8] Gai. 2, 270 a; Ulp. 25, 8. — [9] Gai. 2, 270. 271. 277; l. 1. § 6. D. de leg. 3. (32). — [10] Gai. 2, 285. 287. — [11] Gai. 2, 275. 286; Ulp. fr. 25, 7; 17, 1. — [12] Gai. 2, 259; l. 18. pr. D. ad l. falc. 35, 2. — [13] Gai. 2, 194. 204. 213. 219. — [14] Gai. 3, 278. 279; Ulp. fr. 25, 12; § 1. I. de fid. her. 2, 23; pr. I. de cod. 2, 25.

[1] l. 2. l. 114. pr. D. de leg. 1. (30); die Bestimmungen der l. 1. §§ 1. 5. D. de leg. 3. (32) erklären sich aus der Formlosigkeit der Fideicommisse zur classischen Zeit.

Kräften kommt (§ 405 Note 2—3a), auch das errichtete Vermächtniß giltig[2], — was offenbar gegen die Catonische Regel ist (§ 442 unter I).

II. **Der Bedachte (Honorirte).** **Mit einem Vermächtniß kann in der Regel nur Derjenige bedacht werden, welcher die Erbfähigkeit und die sog. testamentifactio passiva hat**[3]; hiervon gibt es zwei Ausnahmen: es können nämlich mit einem Vermächtniß bedacht werden a) Diejenigen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht concipirt sind[4], b) selbst diejenigen Corporationen, welche nicht zu Erben eingesetzt werden können[5]. Auch das Erforderniß der Capacität (§ 398) bezieht sich auf die Vermächtnisse. — **Mehrere können mit demselben Gegenstand gemeinsam oder alternativ bedacht werden**; ersteren Falles heißen sie Collegatare und werden, je nachdem der vermachte Gegenstand theilbar oder untheilbar ist, Gläubiger zu gleichen Theilen oder Solidargläubiger[6]; letzteren Falles sind sie bald Correalgläubiger, bald Gläubiger zu gleichen Theilen[7], vgl. das Genauere in § 245 Note 7. 8. — **Auch ein Miterbe kann mit einem Vermächtniß bedacht werden.** Bestimmt in diesem Falle der Erblasser die Person des Beschwerten, so hat das Vermächtniß (Prälegat im weiteren Sinne) keine Besonderheiten. Anders, wenn der Erblasser die Person des Beschwerten nicht bestimmt (Prälegat im engeren Sinne), denn alsdann sind sämmtliche Erben damit beschwert (unten N. 34), also auch der Bedachte selbst; es ist jedoch nach der Regel: heredi a semet ipso legari non potest[8] das Vermächtniß zu demjenigen Theil, zu welchem der Bedachte selbst damit beschwert ist, nichtig[9]. Hat nun der Bedachte einen Collegatar, so accrescirt diesem der nichtige Theil des Vermächtnisses[10]; ist er aber allein bedacht, so erhält er den vermachten Gegenstand ganz[11], nämlich zum Theil als Vermächtnißnehmer (soweit das Vermächtniß von den Miterben getragen wird), zum Theil als Erbe (soweit das Vermächtniß nichtig ist, denn nichtige Vermächtnisse bleiben beim Beschwerten). Hieraus folgt, daß der Prälegatar denjenigen Vermächtnißtheil, welchen er als Erbe hat, sich auf die quarta Falcidia einrechnen muß (§ 447)[12]; ferner daß er ihn, wenn er mit einem Universalfideicommiß belastet ist, mit dem übrigen Erbtheil an den Universalfideicommissar herausgeben muß (§ 456 N. 14)[13]. Wird der mit dem Prälegat Bedachte deshalb nicht Erbe, weil er vor dem Erbschaftsantritt stirbt, so ist das Vermächtniß zu demjenigen Theile ungiltig, zu welchem es der Bedachte, falls er Erbe geworden wäre, hätte tragen müssen[14]; dagegen ist das Prälegat **völlig** giltig, wenn der Prälegatar die Erbschaft ausschlägt oder als Suus abstinirt oder endlich als Indignus sie verliert — offenbar gegen

---

[2] l. 8. § 3. D. de cod. 29, 7; l. 12. § 7. D. de capt. 49, 15. — [3] § 24. I. h. t. 2, 20. — [4] l. 32. § 6. D. de leg. 2. (31); l. 22. C. de leg. 6, 37. — [5] l. 20. D. de reb. dub. 34, 5; l. 38. § 6. D. de leg. 3. (32). — [6] l. 19. § 2. D. de leg. 1. (30); l. 88. § 6. D. de leg. 2. (31). — [7] l. 16. pr. D. de leg. 2. (31); l. 4. C. de v. s. 6, 38. — [8] l. 18. l. 34. § 11. l. 116. § 1. D. de leg. 1. (30). — [9] l. 18. § 2. D. de his quae ut. ind. 34, 9. — [10] l. 34. §§ 11. 12. l. 116. § 1. D. de leg. 1. (30). — [11] l. 18. l. 87. l. 89. l. 91. § 2. D. de leg. 1. (30); l. 12. l. 18. § 2. D. de his quae ut. ind. 34, 9. — [12] l. 74. l. 86. l. 91. D. ad l. falc. 35, 2. — [13] l. 18. § 3. D. ad sct. treb. 36, 1; l. 86. D. ad l. falc. 35, 2. — [14] l. 75. § 1. D. de leg. 2. (31).

die Catonische Regel (§ 442), wonach ein anfänglich ungiltiges Vermächtniß nicht später giltig werden kann[15]. — *Es kann einem Bedachten ein Anderer substituirt werden*[16], und zwar nicht bloß für den Fall, daß der zuerst Bedachte das Vermächtniß nicht erwerben würde (directe Substitution), sondern auch so, daß Mehrere hintereinander den vermachten Gegenstand erhalten (sog. fideicommissarische Substitution), so daß Derjenige, welcher ihn zuerst erhält, in einem gewissen Termin oder bei einem gewissen Ereigniß oder sofort ihn einem Anderen herausgeben muß, dieser wieder einem Anderen u. s. f. Von den fideicommissarischen Sustitutionen bedarf einer besonderen Erörterung das Universalfideicommiß (§ 454) und das Familienfideicommiß (fideicommissum familiae relictum). *Ein Familienfideicommiß ist dann vorhanden, wenn der Erblasser verordnet, daß ein Vermächtniß stets in der Familie des Bedachten (und darunter werden sowohl Agnaten als Cognaten, in deren Ermangelung der Ehegatte eines verstorbenen Descendenten des Erblassers verstanden)*[17] *erhalten werden solle*; alsdann kann der erste wie jeder folgende Vermächtnißnehmer Einem aus der Familie den vermachten Gegenstand zuwenden[18]; unterläßt er dies, so fällt das Vermächtniß an seinen (seine) nächsten Verwandten[19]; die Veräußerung des vermachten Gegenstandes außerhalb der Familie ist nichtig[20], außer wenn sämmtliche Familienglieder einwilligen[21]; nach einer Vorschrift Justinians[22] wird der vermachte Gegenstand in der Hand des vierten Inhabers freies Gut. Das Familienfideicommiß, welches sich in Deutschland seit dem 17. Jahrhundert gebildet, steht nicht unter den Vorschriften des Römischen, sondern unter denen des Deutschen Rechts; es weicht von dem Römischen Familienfideicommiß durchaus ab.

III. *Der Beschwerte* (is a quo legatur, a quo legatum s. fideicommissum relinquitur, Onerirte). *Mit einem Vermächtniß kann Jeder beschwert werden, welcher mittelbar oder unmittelbar vom Erblasser durch dessen Tod etwas gewinnt, sei es daß dieser ihm etwas gibt oder etwas nicht nimmt*[23]; in dieser Lage befindet sich der Testaments- wie der Intestaterbe[24], der Fiscus, welcher den Nachlaß als bonum vacans erhält[25], ein Vermächtnißnehmer[26], ein auf den Todesfall Beschenkter[27] (§ 459), der Empfänger eines condicionis implendae causa datum[28] (§ 460), ferner die Erben aller dieser Personen[29], endlich der Gewalthaber, welcher durch Bedenkung einer seiner Gewalt unterworfenen Person etwas erwirbt[30]. *Alle diese*

---

[15] l. 17. § 2. l. 18. l. 87. l. 89. D. de leg. 1. (30); l. 12. l. 18. § 2. D. de his quae ut ind. 34, 9. — [16] l. 50. pr. D. de leg. 2. (31); l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51. — [17] l. 69. § 4. D. de leg. 2. (31); l. 5. C. de v. s. 6, 38. — [18] l. 67. pr. § 2. D. de leg. 2 (31); l. 114. § 17. D. de leg. 1. (30). — [19] l. 69. § 3. D. de leg. 2. (31). — [20] l. 69. § 3. l. 67. § 3. D. de leg. 2. (31). — [21] l. 120. § 1. D. de leg. 1. (30); l. 77. § 27. D. de leg. 2. (31). — [22] Nov. 159. — [23] l. 1. § 6. D. de leg. 3. (32). — [24] l. 1. §§ 7—10. D. de leg. 3. (32). — [25] l. 114. § 2. D. de leg. 1. (30). — [26] pr. I. de sing. reb. per fid. 2, 24. — [27] l. 3. D. de leg. 3. (32); l. 77. § 1. D. de leg. 2. (31). — [28] l. 96. § 4. D. de leg. 1. (30). — [29] l. 5. § 1. l. 6. pr. D. de leg. 3. (32). — [30] l. 11. D. de leg. 1. (30); Ulp. fr. 25, 10.

Personen dürfen bloß insoweit mit Vermächtnissen beschwert werden, als sie etwas gewinnen[31] (s. jedoch § 446 Note 2). Der Pflichttheilsberechtigte, welchem bloß der Pflichttheil hinterlassen wird, kann nicht mit einem Vermächtniß beschwert werden (§ 415 Note 18). — Der Erblasser kann Denjenigen, welcher mit dem Vermächtniß beschwert sein soll, bezeichnen[32]; bezeichnet er Mehrere conjunctiv, so sind sie, je nachdem der vermachte Gegenstand theilbar oder untheilbar ist, Schuldner zu gleichen Theilen oder Solidarschuldner; bezeichnet er Mehrere alternativ, so sind sie Correalschuldner[33]. Hat der Erblasser keinen Beschwerten bezeichnet, so ist der Erbe mit dem Vermächtniß beschwert; mehrere Erben sind, je nachdem der vermachte Gegenstand theilbar oder untheilbar ist, Schuldner nach ihren Erbtheilen oder Solidarschuldner[34]. Hat endlich der Erblasser einige oder alle Erben in der Weise mit einem theilbaren Vermächtniß beschwert, daß er sie dabei mit Namen aufführte, so sind sie nach einigen Quellenzeugnissen[35] Schuldner im Verhältniß ihrer Erbtheile, nach anderen[36] zu gleichen Theilen; die mannichfachen Versuche, diese Antinomie zu lösen, haben keinen allgemeinen Beifall errungen.

2) § 439. Der Errichtungsact.

Vangerow, §§ 526—528.

Ein Vermächtniß kann errichtet werden:

1. In einem Testament.

2. In einem Codicill (codicilli, codicillus)[1], d. h. in einer letztwilligen Verfügung, welche weder eine Erbeinsetzung noch eine Enterbung enthält[2]. Das Codicill kann schriftlich oder mündlich[3] erklärt werden (sog. codicilli scripti — nuncupativi). Es bedarf der testamentarischen Form, nur genügt die Zuziehung von fünf Zeugen, und bei einem schriftlichen Codicill kann die Siegelung Seitens der Zeugen unterbleiben[4]. Wo für die Errichtung eines Testaments vermehrte oder verminderte Solennitäten gelten (§ 394), ist ein Gleiches für die Errichtung eines Codicills zu behaupten[5]. Die Form der öffentlichen Testamente gilt auch für die Codicille. — Das Codicill kann sowohl neben einem Testament gemacht werden (codicilli testamentarii), als ohne ein solches (codicilli ab intestato); die testamentarischen Codicille können im Testament besonders bestätigt werden oder nicht (cod. confirmati — non confirmati); bestätigte haben vor den nichtbestätigten heutzutage nur das voraus, daß in ihnen die Ernennung eines Vormundes erfolgen kann (§ 372 Note 4). Sowohl bestätigte wie nicht bestätigte testamentarische Codicille

---

[31] l. 114. § 3. D. de leg. 1. (30). — [32] l. 29. § 1. D. de leg. 2. (31). — [33] l. 8. § 1. D. de leg. 1. (30); l. 25. pr. D. de leg. 3. (32). — [34] l. 33. pr. D. de leg. 2. (31); l. 11. §§ 23. 24. D. de leg. 3. (32); l. 7. D. de serv. leg. 33, 3. — [35] l. 17. D. de d. r. 45, 2; cf. l. 54. § 3. D. de leg. 1. (30). — [36] l. 124. D. de leg. 1. (30); cf. l. 54. § 3. eod.

[1] t. D. 29, 7: de jure codicillorum; t. C. 6, 36; t. I. 2, 25: de codicillis. — [2] l. 10. D. h. t. 29, 7; § 2. I. h. t. 2, 25. — [3] cf. l. 3. pr. C. de bon. lib. 6, 4. [4] l. 8. § 3. C. h. t. 6, 36; l. 28. C. de test. 6, 23. — [5] l. 21. D. de r. j. 50, 17; l. 8. C. qui test. fac. 6, 22; Notariats-Ordnung II. §§ 9—11.

stehen und fallen regelmäßig mit dem Testament [6]; Ausnahmen hievon s. in § 442 Note 34 ff. — Ein Testament kann zu einem Codicill werden; es kann nämlich ein Testator bestimmen, daß, wenn ein Testament nicht als solches giltig sei (z. B. ein Zeuge ist unfähig, der eingesetzte Erbe ist zu Erbschaften, nicht aber zu Vermächtnissen unfähig, der eingesetzte Erbe erwirbt die Erbschaft nicht), es als Codicill gelten solle (Codicillarclausel) [7]; es wird alsdann die letztwillige Verfügung, falls sie zwar nicht mit den Erfordernissen eines Testaments, wohl aber mit denen eines Codicills versehen ist, in ein Codicill umgewandelt; in Folge dessen bleiben die darin ausgesetzten Vermächtnisse giltig, die Erbeseinsetzungen gehen in Universalfideicommisse (§ 454) über [8] (außer wenn die Ungiltigkeit des Testaments gerade darauf beruht, daß die eingesetzten Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben). Ist es zweifelhaft, ob die letztwillige Verfügung die Kraft eines Testaments oder nur die eines Codicills hat, so muß der zum Erben Eingesetzte sich entscheiden, ob er das Recht eines Testamentserben oder eines Universalfideicommissars geltend machen wolle [9]; die einmal getroffene Entscheidung kann nicht zurückgenommen werden, außer von Ascendenten und Descendenten bis zum vierten Grade agnatischer, bis zum dritten Grade cognatischer Verwandtschaft [10].

3. Nach einer Verordnung Justinians [11] dadurch, daß der Erblasser Jemandem eine directe Mittheilung (mündlich, brieflich, durch Boten) macht des Inhalts, daß er ihm ein Vermächtniß auferlege. Viele behaupten, daß bloß die mündliche Mittheilung des Erblassers an den Beschwerten eine giltige Errichtungsart des Vermächtnisses sei (— sie benennen daher das Vermächtniß Oralfideicommiß, fideicommissum heredi praesenti iniunctum —), allein diese Meinung beruht auf einer stricten Interpretation der Justinianischen Verordnung, welche durch innere Gründe nicht gerechtfertigt ist. Nach der Verordnung Justinians darf der Oralfideicommissar das Vermächtniß nicht anders beweisen, als durch Eideszuschiebung an den Beschwerten; dieser kann von dem Zuschiebenden verlangen, daß er vorher das iuramentum calumniae leiste, kann aber nicht den zugeschobenen Eid zurückschieben, noch den Gegenbeweis durch sog. Gewissensvertretung führen. Allein diese Beweisvorschriften sind dadurch aufgehoben, daß nach § 14 Z. 2 des Einführungsgesetzes zur Reichscivilproceßordnung die landesgesetzlichen Vorschriften, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen, nicht mehr gelten.

3) § 440. Gegenstand des Vermächtnisses.

Vangerow, § 525.

Jedes Vermächtniß begründet eine Obligation zwischen dem Bedachten und dem Beschwerten (§ 444); daher gelten die Grundsätze des § 208 auch für Vermächtnisse: der Inhalt der Vermächtnisse kann sehr mannichfaltig sein, es kann Jemand beschwert werden

---

[6] l. 3. § 2. l. 8. § 3. l. 16. D. h. t. 29, 7. — [7] l. 29. § 1. D. qui test. fac. 28, 1; l. 88. § 17. D. de leg. 2. (31); l. 8. § 1. C. h. t. 6, 36. — [8] l. 88. § 17. D. de leg. 2. (31). — [9] l. 8. pr. § 1. C. h. t. 6, 36. — [10] l. 8. § 2. C. h. t. 6, 36. — [11] l. 32. C. de fideic. 6, 42; § 12. I. de fideic. her. 2, 23.

mit der Pflicht, das Eigenthum oder ein dingliches Recht an einer Sache zu verschaffen, Gebrauch oder Fruchtziehung zu gestatten, eine Arbeit vorzunehmen, eine Thätigkeit zu unterlassen. Aber auch direct kann Jemandem durch Vermächtniß das Eigenthum einer Sache oder ein dingliches Recht daran zugewendet werden (§ 445), es kann ein dingliches Recht an einer fremden Sache oder eine Schuld direct durch Vermächtniß erlassen werden.

1. Seine Grenze findet das Vermächtniß in dem Gesetz der Natur, des Staats und der guten Sitte [1]. Gegen das Staatsgesetz (ein Senatusconsult von 122 n. Chr.) läuft das Vermächtniß an einer mit einem Gebäude verbundenen Sache [2]. Ferner das Vermächtniß an einer res extra commercium [3]. Ferner [4] das Vermächtniß an einer Sache, welche zwar im Allgemeinen im Verkehre steht, welche aber der Bedachte nicht erwerben kann (Beispiele in § 131 Note 6. 7) [5].

2. Das Vermächtniß darf nicht schlechthin ins Gutdünken des Beschwerten gestellt sein; daher ist das Vermächtniß eines Grundstücks, eines Hauses ohne nähere Bezeichnung nichtig, außer wenn sich im Nachlaß Grundstücke resp. Häuser vorfinden [6].

3. Das Vermächtniß setzt ein Interesse des Bedachten voraus, gleichviel ob ein Vermögens- oder ein Affectionsinteresse (§ 208 unter II. 3); letzteres wird von Vielen bestritten; mit Unrecht, denn es kann Jemand mit einer Stelle in einem Erbbegräbniß bedacht werden [7], und nach Ansicht der späteren römischen Juristen [8] kann Jemand damit beschwert werden, seine Kinder zu emancipiren [9].

4) § 441. Der Wille des Vermachenden und seine Erklärung.

t. D. XXXV, 1: de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. — t. C. VI, 46: de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis. — Vangerow, §§ 431—438.

I. Von dem Willen des Vermachenden gelten die Grundsätze des § 396; demgemäß muß das Vermächtniß den wirklichen Willen des Erblassers enthalten; und es darf ferner weder in sich unsittlich sein noch unsittliche Ziele verfolgen. Hinzuzufügen ist, daß der Wille des Erblassers sich in jeder Weise selbst beschränken kann, d. h. ein Vermächtniß kann unter einer Bedingung (sowohl unter einer suspensiven als einer resolutiven) [1], unter einer Zeitbestimmung [2] (sowohl einem Anfangs- als Endtermine), unter einem Modus hinterlassen werden. Ueber das Vermächtniß sub modo ist bereits § 60 gehandelt worden; über das unter einer Bedingung und Zeitbestimmung hinterlassene wird § 443 gehandelt werden.

---

[1] l. 112. § 3. D. de leg. 1. (30). — [2] l. 41. § 1.—l. 43. § 1. D. de leg. 1. (30). — [3] l. 39. §§ 7—10. D. de leg. 1. (30); § 4. I. h. t. 2, 20. — [4] l. 49. § 2. D. de leg. 2. (31); zu l. 11. § 16. D. de leg. 3. (32); vgl. l. 49. § 1. D. de leg. 2. (31). — [5] Die Ausnahme, welche man gewöhnlich aus l. 40. D. de leg. 1. (30) ableitet, besteht nicht; diese bezieht sich auf Fälle, wie z. B. in l. 9. D. de re mil. 49, 16. — [6] l. 69. § 4. D. de j. d. 23, 3; l. 71. pr. D. de leg. 1. (30). — [7] l. 14. D. de leg. 6, 37. — [8] Ueber die älteren s. l. 114. § 8. D. de leg. 1. (30); l. 92. D. de cond. 35, 1. — [9] l. 92 cit.

[1] l. 26. C. de leg. 6, 37. — [2] l. 1. pr. §§ 1. 2. l. 79. pr. § 1. D. h. t. 35, 1.

II. Die Willenserklärung muß unzweideutig sein[3]; bloße Undeutlichkeit, welche durch Auslegung gehoben werden kann, schadet nicht[4]. Im Uebrigen kann die Erklärung (seit der Zeit nach Constantin)[5] mit irgend welchen Worten, selbst mit Zeichen erfolgen[6]. Auch ein mystisches Vermächtniß ist zulässig[7] (vgl. § 397 a. E.).

5) § 442. Ungiltigkeit eines errichteten Vermächtnisses.

Guyet, Abhandlungen. Nr. 5. 1829. — Vangerow, §§ 539—545.

Ein Vermächtniß kann von Anfang an ungiltig sein oder später, bevor der Bedachte es erworben, ungiltig werden.

I. Die Gründe der Ungiltigkeit von Anfang an ergeben sich aus den §§ 438—441. Hier ist noch die Catonische Regel[1] hinzuzufügen, von welcher es in den Quellen heißt: Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere[2]. Das heißt: nach einer von Cato (es ist ungewiß, ob von Cato Censorius oder von seinem Sohne) aufgestellten Regel wird ein ungiltig errichtetes Legat dadurch nicht giltig, daß der Grund, welcher die Ungiltigkeit seiner Errichtung bewirkt, vor dem Tode des Erblassers wegfällt. Zur Erklärung dieser Regel, deren Grund sehr bestritten ist, diene Folgendes. Der allgemeine, bereits früher (§ 64 N. 10) erörterte Grundsatz: quod initio vitiosum est, tractu temporis non potest convalescere führte in seiner Anwendung auf Legate wahrscheinlich zu dem Zweifel, ob als der Anfang eines Legats der Augenblick seiner Errichtung oder der des Todes des Erblassers anzusehen sei; die Catonische Regel entschied diesen Zweifel im ersteren Sinne[3]. Daher ist ungiltig das Vermächtniß einer mit einem Gebäude verbundenen Sache (§ 440 Note 2), auch wenn sie vor dem Tode des Erblassers getrennt worden ist[4]; ferner das Legat einer dem Legatar gehörigen Sache (vgl. § 286 N. 15), auch wenn er sie vor dem Tode des Erblassers veräußert hat[5]; ferner das Vermächtniß an einen eigenen Sklaven des Erblassers oder an einen Sklaven des eingesetzten Erben, auch wenn der Sklave vor dem Tode des Erblassers von der Gewalt des Erblassers resp. des eingesetzten Erben befreit worden ist[6]; ferner ist das Prälegat, auch wenn der Prälegatar vor dem Erbschaftserwerbe gestorben ist, zu demjenigen Theile ungiltig, zu welchem es der Bedachte hätte tragen müssen, falls er Erbe geworden wäre (§ 438 N. 14). Nicht hingegen wird die Catonische Regel auf bedingte Legate angewendet[7] (denn auch Rechtsgeschäfte unter Lebenden werden, wenn aus dem Rechtsgeschäft nicht sofort ein fertiges Rechtsverhältniß hervorgeht, nicht nach

---

[3] l. 73. § 3. D. de r. j. 50, 17; l. 3. § 7. D. de ad leg. 34, 4; l. 10. pr. l. 27. D. de reb. dub. 34, 5. — [4] § 29. I. h. t. 2, 20. — [5] l. 21. C. de leg. 6, 37. — [6] l. 21. pr. D. de leg. 3. (32); l. 22. C. de fideic. 6, 42. — [7] l. 25. D. de reb. dub. 34, 5; l. 38. D. de cond. 35, 1.

[1] t. D. 34, 7: de regula Catoniana. — [2] l. 1. pr. D. h. t. 34, 7. — [3] l. 41. § 2. D. de leg. 1. (30). — [4] l. 41. § 2. D. de leg. 1. (30). — [5] l. 41. §. 2. D. de leg. 1. (30); l. 98. D. de cond. 35, 1; § 10. I. de leg. 2, 20. — [6] Gai. 2, 244; § 32. I. de leg. 2, 20; l. 89. D. de h. i. 28, 5. — [7] l. 41. § 2. i. f. D. de leg. 1. (30).

dem Augenblicke beurtheilt, in welchem das Rechtsgeschäft errichtet worden ist, § 55 N. 7—10); ferner nicht auf solche Legate, welche der Bedachte nicht sofort mit dem Tode des Erblassers erwirbt, deren dies cedens (§ 443) vielmehr erst nach dem Tode des Erblassers eintritt[8] (z. B. der Erblasser ertheilt in seinem Testament seinem Sklaven die Freiheit und hinterläßt ihm außerdem ein Legat)[9]; auch gilt die Catonische Regel nicht hinsichtlich der Capacität des Bedachten[10] (denn die Capacität bezieht sich nicht auf die Errichtung des Legats sondern auf dessen Erwerb, und sie braucht deshalb niemals zur Zeit der Errichtung des letzten Willens vorhanden zu sein, § 398 N. 20). Bedenken aber erregt der Ausspruch: Catoniana regula non pertinet ad *hereditates*[11], während es doch andererseits heißt: quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest[12]; man erklärt jenen Ausspruch gewöhnlich so, daß die Formulirung der Catonischen Regel bloß auf Legate, und nicht auf Erbeinsetzungen paßt; allein, wenngleich dies richtig ist, so ist es doch in hohem Grade unbefriedigend. — Auf Fideicommisse fand die Catonische Regel ursprünglich keine Anwendung[13]; es war dies eine Consequenz der Formlosigkeit der Fideicommisse (§ 437 Note 5), wonach es genügend erscheinen mußte, wenn nicht im Anfang, sondern in irgend welchem späteren Zeitpunkt die Erfordernisse des Fideicommisses vorhanden waren. Daraus darf man nicht (wie einige Neuere wollen) die Behauptung ableiten, daß die Catonische Regel im Justinianischen Recht (§ 437 Note 2) bei keinem Vermächtniß mehr gelte; man muß vielmehr behaupten, daß von der Zeit an, wo die Fideicommisse an eine feste Form geknüpft worden waren (§ 437 Note 6. 7), die Catonische Regel auch bei diesen gegolten habe; es wird dies dadurch bewiesen, daß die Regel in der Justinianischen Codification durchaus als eine geltende behandelt wird.

II. Ein giltig errichtetes Vermächtniß wird hinterher ungiltig:

1. Wenn der Erblasser durch cap. deminutio die sog. testamentifactio activa verliert und vor seinem Tode nicht wieder erwirbt (§ 405 unter II. 1).

2. Wenn der Bedachte vor dem dies cedens stirbt[14], sowie wenn er die sog. testamentifactio passiva verliert und sie vor dem dies cedens nicht wiedererlangt (§ 405 unter II. 2).

3. Wenn der Beschwerte wegfällt. Doch bildeten sich in der Kaiserzeit so zahlreiche Ausnahmen von dieser Regel, daß nach heutigem Recht vielmehr die umgekehrte Regel aufgestellt werden dürfte. Es tritt nämlich an Stelle des ursprünglichen Beschwerten der Transmissar, der Substitut[15], der Miterbe und der collegatarius re et verbis coniunctus, welchem ein mit einem Vermächtniß beschwerter Erbtheil resp. Vermächtnißantheil accrescirt[16] (außer wenn das Vermächtniß durch persönliche Um-

---

[8] l. 3. D. h. t. 34, 7; l. 26. D. de stip. serv. 45, 3. — [9] l. 7. § 6. l. 8. D. qu. d. 36, 2; cf. l. 17. eod. — [10] l. 5. D. h. t. 34, 7. — [11] l. 3. D. h. t. 34, 7. — [12] l. 210 D. de r. j. 50, 17. cf. l. 201. eod. — [13] l. [illegible] §§ 1. 5. D. de leg. 3 (32). — [14] l. 5. pr. D. qu. dies 36, 2. — [15] l. 74. D. de leg. 1. (30); l. 61. § 1. D. de leg. 2. (31). — [16] l. un. §§ 10. 11. 14. C. de cad. toll. 6, 51; l. 49. § 4. l. 61. § 1. D. de leg. 2. (31).

stände des ursprünglich Beschwerten motivirt war)[17]; ferner der Fiscus, welcher den Nachlaß als bonum vacans erwirbt (§ 425 Note 25); ferner muß Derjenige, welcher ein ausfallendes, mit einem Aftervermächtniß beschwertes Vermächtniß nicht zu entrichten braucht, das Aftervermächtniß selbst entrichten[18]. Wenn hingegen durch Ungiltigkeit des Testaments an Stelle des eingesetzten Erben ein Anderer tritt, so werden die Vermächtnisse abgesehen von einigen unter Nr. 6 zu erwähnenden Fällen ungiltig. Ferner tritt der durch succ. ordinum vel graduum nachrückende Intestaterbe[19] und der collegatarius re coniunctus, wenn er durch Accrescenz einen mit einem Aftervermächtniß beschwerten Vermächtnißantheil erwirbt (§ 443 Note 21)[20], nicht an Stelle des ursprünglich Belasteten.

4. Wenn der Inhalt des Vermächtnisses später in Widerspruch zu den Gesetzen der Natur, des Staates, der guten Sitte tritt (z. B. die vermachte Sache geht unter[21], der Erblasser fügt sie in ein Haus ein)[22], oder wenn der Bedachte das Interesse am Vermächtniß verliert (z. B. er erwirbt den vermachten Gegenstand schon bei Lebzeiten des Erblassers unentgeltlich [§ 271]; bei entgeltlichem Erwerbe tritt das Entgelt an Stelle des ursprünglichen Vermächtnisses[23], weil insofern ein Interesse des Bedachten noch besteht).

5. Wenn der Erblasser das Vermächtniß widerruft (ademtio legati vel fideicommissi)[24]. Der Widerruf muß unzweideutig sein; sind also zweien Personen desselben Namens Vermächtnisse hinterlassen worden, und wird hierauf dem Einen ohne genaue Bezeichnung das Vermächtniß genommen, so bleiben beide Vermächtnisse bestehen; indeß enthalten die Quellen über diesen Fall eine trotz vieler Versuche unaufgeklärte Antinomie[25]. — Der Widerruf bedarf keiner Form[26]; daher reicht bei einem schriftlich erklärten Vermächtniß das Ausstreichen hin[27]; daher genügen auch concludente Handlungen (z. B. der Erblasser veräußert die vermachte Sache)[28]. Auch Todfeindschaft zwischen Erblasser und Bedachtem involvirt einen Widerruf[29]. Ob durch Errichtung eines Testaments die vorher errichteten Vermächtnisse widerrufen werden, das hängt von der Willensmeinung des Testator ab; im Zweifel ist der Widerruf zu vermuthen[30]. Dahingegen hebt ein neues Codicill frühere Vermächtnisse nur dann auf, wenn diese mit ihm unverträglich sind[31]. — Ein Widerruf liegt in der Anordnung eines neuen Vermächtnisses an Stelle eines bisherigen (translatio legati); sie kann vierfach sein: translatio legati fit quatuor modis; aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui dare iussus est, transfertur ut alius det; aut cum res pro re

---

[17] l. un. § 9. C. de cad. toll. 6, 51. — [18] l. 29. pr. D. de leg. 2. (31); l. un. §§ 4. 9. C. de cad. toll. 6, 51. — [19] l. 1. § 9. D. de leg. 3. (32). — [20] l. un. § 11. C. de cad. toll. 6, 51. — [21] §§ 16—18. I. h. t. 2, 20. — [22] l. 41. § 15. D. de leg. 1. (30). — [23] § 6. I. h. t. 2, 20; l. 34. §§ 7. 8. D. de leg. 1. (30). — [24] t. D. 34, 4: de adimendis et transferendis legatis; t. I. 2, 21: de ademtione et translatione legatorum. — [25] Zwischen l. 3. § 7. D. h. t. 34, 4 und l. 10. pr. D. de reb. dub. 34, 5. — [26] l. 3. § [illegible] i. f. l. 15. D. h. t. 34, 4. — [27] l. 16. l. 17. D. h. t. 34, 4. — [28] l. 15. l. 18. l. 24. § 1. l. 25. D. h. t. 34, 4. — [29] l. 3. § 11. l. 4. l. 31. § 2. D. h. t. 34, 4. — [30] l. 5. D. de jure cod. 29, 7; § 1. I. de cod. 2, 25. — [31] l. 6. § 1. D. h. t. 34, 4; § 3. I. de cod. 2, 25.

datur, ut pro fundo decem aurei; aut quod pure datum est, transfertur sub condicione[32]. Auch wenn das durch Translation angeordnete neue Vermächtniß ungiltig ist, verliert doch das bisherige Vermächtniß seine Kraft[33].

6. Wenn das Testament, in oder neben welchem Vermächtnisse errichtet sind, ungiltig wird; dies gilt auch dann, wenn der Grund der Ungiltigkeit zunächst bloß die Erbeinsetzung betrifft[34]. Von dieser Regel gibt es aber mehrere Ausnahmen; es bleiben nämlich die Vermächtnisse bei Kraft a) wenn die Erbeinsetzung wegen Irrthums im Motiv hinfällig wird (§ 396 Note 8); b) wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft auf Grund des Testaments nicht antritt, um sie frei von Vermächtnissen an sich oder an einen Anderen zu bringen[35]; es muß alsdann Derjenige die Vermächtnisse entrichten, welcher die Erbschaft als Intestaterbe oder als Prädo besitzt[36], es sei dies der Eingesetzte oder der Dritte; hat der Eingesetzte für den Nichterwerb eine Bezahlung erhalten, so haften Beide, der Dritte in erster Linie[37]. Ebenso haftet Derjenige, welcher mit einem Vermächtniß bedacht und zugleich mit einem Aftervermächtniß beschwert ist, dann, wenn er den Antritt der Erbschaft hintertreibt[38]; c) wenn die Erbeinsetzung wegen Verletzung gewisser Notherben aufgehoben wird (§ 416 Note 6).

Dritter Titel.

§ 443. Der Erwerb der Vermächtnisse.

(Lehre vom dies cedens und veniens. Annahme und Ausschlagung. Folgen des Nichterwerbs.)

t. D. XXXVI, 2: quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. — t. C. VI, 53: quando dies legati vel fideicommissi cedit. — Vangerow, §§ 529. 546. 547. — Vgl. die bei § 425 citirten Schriften.

I. Dies legati vel fideicommissi cedit und venit. Der Erwerb der Vermächtnisse vertheilt sich auf zwei Zeitpunkte, welche die Quellen als dies l. v. f. cedit und venit bezeichnen.

1. Die Bedeutung des dies cedens besteht darin, daß der Bedachte, vorausgesetzt daß er lebt, und daß er die sog. testamentifactio passiva und Capacität hat, eine Anwartschaft auf das Vermächtniß erwirbt, d. h. die Hoffnung auf einen Erwerb, welche ihm nicht mehr durch Ereignisse, die seine Person ohne seinen Willen treffen, entzogen werden kann, z. B. nicht dadurch, daß er stirbt (er transmittirt vielmehr die Anwartschaft auf seine Erben)[1], ferner nicht dadurch, daß er die testamentifactio passiva resp. die Capacität verliert. Wohl aber kann er

---

[32] l. 6. pr. D. h. t. 34, 4. — [33] l. 20. D. h. t. 34, 4; l. 34. pr. D. de leg. 1. (30). — [34] l. 3. § 2. D. de jure cod. 29, 7; l. 81. D. de leg. 2. (31). — [35] t. D. 29, 4: si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. — [36] l. 1. §§ 9—11. D. h. t. 29, 4. — [37] l. 2. l. 3. l. 4. pr. § 1. l. 10. pr. D. h. t. 29, 4. — [38] l. 4. § 2. D. h. t. 29, 4.

[1] l. 5. pr. l. 7. D. h. t. 36, 2.

die Anwartschaft mit seinem Willen verlieren (durch Ausschlagung) sowie durch Ereignisse, welche nicht seine Person treffen, z. B. wenn der Beschwerte wegfällt, ohne daß die Pflicht zur Entrichtung des Vermächtnisses auf einen Anderen übergeht (§ 442 unter II. 3). — Der dies cedens tritt in der Regel mit dem Tode des Erblassers ein[2]; bei Vermächtnissen unter einer Suspensivbedingung, ferner unter einem dies incertus an, endlich unter einem dies incertus quando, wenn es ungewiß ist, ob der Bedachte den Tag erleben wird (§ 59 Note 3. 4), mit Erfüllung der Bedingung resp. mit Eintreten des dies[3]; hingegen bei einem Vermächtniß unter einem dies certus an et quando tritt der dies cedens sofort mit dem Tode des Erblassers ein (§ 59 Note 13), bei höchstpersönlichen Vermächtnissen (z. B. einer Personalservitut) tritt er zugleich mit dem dies veniens ein, da die Hauptwirkung (die Transmission auf die Erben des Bedachten) hier unmöglich ist[4]. — Historisch zu erwähnen ist, daß nach der Bestimmung der l. Iulia et Papia bei testamentarischen Vermächtnissen der dies cedens erst mit der Eröffnung des Testaments eintrat[5] — was Justinian aufhob[5a].

2. Die Bedeutung des dies veniens besteht darin, daß der Bedachte das vermachte Recht (das Eigenthum, die Forderung u. s. w.) erwirbt[6], und zwar so, daß er es erforderlichen Falles mit einer Klage gegen den Beschwerten geltend machen kann[7]. Der dies veniens tritt (nach der Ansicht der Sabinianer[8], welche in die Justinianische Codification aufgenommen wurde)[9] bei allen Vermächtnissen in dem Augenblick ein, in welchem der Erbe die Erbschaft erwirbt — natürlich vorausgesetzt, daß nicht der dies cedens erst später eintritt, und ferner vorausgesetzt, daß das Vermächtniß nicht unter einem dies certus hinterlassen ist, denn dann fällt der dies veniens erst in diesen[10].

II. Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses. Der dies cedens und veniens sind Zeitpunkte, d. h. Thatsachen, die an sich vom Wissen und Willen des Bedachten unabhängig sind, demnach erwirbt dieser die Anwartschaft auf das Vermächtniß und das Vermächtniß selbst ohne sein Wissen und Wollen (ipso iure)[11]; eine Annahme des Vermächtnisses Seitens des Bedachten ist nicht nothwendig; geschieht sie, so hat sie bloß die Bedeutung, daß der Bedachte nunmehr das Vermächtniß nicht ausschlagen darf; es wird nämlich das Vermächtniß dem Bedachten nicht aufgezwungen, er kann es ausschlagen[12] und dann wird es so angesehen, als hätte er das Vermächtniß nie erworben[13]. Von mehreren Vermächtnissen kann der Be-

---

[2] l. 5. § 1. D. h. t. 36, 2. — [3] l. 4. l. 5. § 2. D. h. t. 36, 2; l. 75. l. 79. § 1. D. de cond. 35, 1. — [4] l. 2. l. 3. l. 5. § 1. l. 7. l. 9. D. h. t. 36, 2. — [5] Ulp. fr. 17, 1. — [5a] l. un. § 5. C. de cad. toll. 6, 51. — [6] l. 7. § 5. D. de dolo 4, 3; l. 15. pr. D. ad. l. Aq. 9, 2; l. 69. pr. D. de leg. 1. (30). — [7] l. 7. pr. D. h. t. 36, 2. — [8] Gai. 2, 195. 200. — [9] l. 19. § 1. D. quemadm. serv. 8, 6; l. 16. § 1. D. qui test. 28, 1; l. 5. § 8. D. de reb. eor. 27, 9. — [10] l. 9. § 2. D. usufr. qu. cav. 7, 9; l. 1. § 1. D. de cond. 35, 1. — [11] l. 77. § 3. D. de leg. 2. (31); l. 19. § 1. D. quemadm. serv. 8, 6. — [12] l. 45. § 1. D. de leg. 2. (31). — [13] l. 38. § 1. l. 44. § 1. l. 86. § 2. D. de leg. 1. (30).

dachte das eine annehmen, das andere ausschlagen, sofern dies nicht dem Willen des Erblassers zuwider ist[14]; dasselbe Vermächtniß kann der Bedachte nicht zum Theil annehmen, zum Theil ausschlagen[15], wohl aber kann, wenn er ohne Erklärung stirbt, jeder seiner Erben für seinen Antheil das Vermächtniß annehmen oder ausschlagen[16].

III. Folgen des Nichterwerbs. Die Folgen des Nichterwerbs sind je nach Verschiedenheit des concreten Falles dreifach: entweder tritt ein neues Vermächtniß ein oder es gilt das Accrescenzrecht oder das Vermächtniß bleibt bei dem Beschwerten.

1. Es tritt ein neues Vermächtniß ein, wenn der weggefallene Bedachte einen Substituten hat.

2. Es gilt das Accrescenzrecht, wenn der weggefallene Bedachte einen Collegatar gewisser Art hat. Im republikanischen Recht[17] galt das Accrescenzrecht nur bei dem Vindications- und Präceptionslegat, gleichviel ob die Collegatare re et verbis oder bloß re coniuncti waren (in den Quellen: coniunctim — disiunctim legare)[18], nicht hingegen, wenn sie verbis coniuncti waren[19]; es galt nicht bei dem leg. per damnationem, sinendi modo und dem Fideicommiß. Die l. Iulia et Papia Poppaea[20] ließ das Accrescenzrecht nur zu Gunsten der Ascendenten und Descendenten bestehen, im Uebrigen erklärte sie den Vermächtnißantheil, welcher nach dem bisherigen Recht accrescirte, für caduk, und wies ihn zunächst dem collegatarius pater coniunctus (selbst dem verbis coniunctus), sodann den heredes patres, sodann den legatarii patres, endlich dem Staatsschatz zu. Erst Justinian[21] hob die Caducität auf, und stellte das Accrescenzrecht bei allen Vermächtnissen in folgender Weise her: es accrescirt sowohl den re et verbis als den re coniuncti; jenen accrescirt nur, wenn sie wollen und mit den Lasten, welche auf dem anwachsenden Vermächtniß liegen; diesen accrescirt ipso iure und ohne die gedachten Lasten (§ 442 N. 16. 20). Durch Versehen der Compilatoren ist eine Stelle[22], die dem collegatar. verbis coniunctus das Caducum zuspricht, in die Justiniantische Codification aufgenommen worden; ältere Schriftsteller schlossen hieraus, daß der collegatar. verbis coni. auch auf die Accrescenz Anspruch habe; neuere Schriftsteller behaupten das Gleiche auf Grund der Justinianischen Verordnung; beide Argumentationen sind unhaltbar.

3. Ist weder ein Substitut vorhanden noch ein Collegatar, welchem accrescirt, so bleibt das Vermächtniß bei dem Beschwerten[23].

IV. Aufhebung des Erwerbes. Aufgehoben wird der Erwerb eines Vermächtnisses (abgesehen von dem Fall der Ausschlagung) 1) durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder Zeitbestimmung; 2) durch Ent-

---

[14] l. 5. D. de leg. 2. (31). — [15] l. 4. l. 6. l. 23. D. de leg. 2. (31). — [16] l. 38. pr. D. de leg. 1. (30). — [17] Gai. 2, 199. 205. 223; Ulp. 24, 12. 13. — [18] § 8. I. h. t. 2, 20; l. 89. D. de leg. 3. (32). — [19] l. 1. pr. l. 11. D. de usufr. accr. 7, 2; l. 84. § 12. D. de leg. 1. (30). — [20] Gai. 2, 206—208; Ulp. 17, 2. 18; 24, 12. 13. — [21] l. un. § 11. C. de caducis tollendis 6, 51. — [22] l. 89. D. de leg. 3. (32). — [23] l. 17. pr. l. 60. D. de leg. 2. (31); l. un. §§ 3. 4. 7. 8. 11. C. h. t. 6, 51.

ziehung wegen Unwürdigkeit; die Unwürdigkeitsgründe sind großentheils dieselben wie für Erbschaften (von den in § 426 unter 5 genannten Fällen gehören hieher: a. α—δ, b. α—ζ, c. α. β.); folgende Fälle, in denen das Entzogene stets bei dem Beschwerten bleibt, sind den Vermächtnissen eigenthümlich: a) wenn der Bedachte das Testament verheimlicht[24], b) wenn er etwas aus dem Nachlaß entwendet, in welchem Falle das Vermächtniß um den Werth des Entwendeten verringert wird[25]; c) wenn er nach Errichtung des Vermächtnisses den Erblasser beschimpft hat[26].

Vierter Titel.

Rechtsverhältniß des Bedachten nach erworbenem Vermächtniß.

1) § 444. Die Obligation zwischen dem Bedachten und dem Beschwerten.

Vangerow, §§ 530—533.

Nach Justinianischem[1] und heutigem Recht entspringt aus jedem Vermächtniß eine Obligation des Beschwerten gegenüber dem Bedachten, möglicherweise auch eine Obligation des Bedachten gegenüber dem Beschwerten. Justinian nennt sie eine obligatio quasi ex contractu[2].

I. Die Verpflichtung des Beschwerten.

1. Im Allgemeinen. Der Beschwerte muß das Vermächtniß erfüllen[3]; ist eine einem Dritten gehörige Sache vermacht worden und will der Dritte sie gar nicht oder nur zu einem übermäßigen Preise verkaufen, so braucht der Beschwerte bloß den wahren Werth der Sache zu leisten[4]. — Für die Früchte des vermachten Gegenstandes resp. für Zinsen haftet der Beschwerte erst von der Zeit seiner Mora resp. von der Litiscontestation, nach der Reichscivilproceßordnung § 239 von Zustellung der Klage an[5]; nur bei Vermächtnissen an eine Kirche oder zu milden Zwecken haftet er dafür, wenn er binnen sechs Monaten nach Bekanntmachung des letzten Willens das Vermächtniß nicht entrichtet, schon vom Tode des Erblassers an[6]; läßt es der Beschwerte bei solchen Vermächtnissen zur Klage kommen, so trifft ihn nach einer Verordnung Justinians die Strafe des Doppelten[7]; dieselbe ist nach richtiger Meinung heut außer Gebrauch (§ 81 unter III). — Nach den allgemeinen Regeln steht der Beschwerte für culpa lata ein, wenn ihm nach Entrichtung des Vermächtnisses kein Vortheil übrig bleibt (z. B. wenn die Erbschaft völlig durch Vermächtnisse erschöpft ist, und der belastete Erbe die Falcidische Quart nicht abziehen darf, § 446 Note 16—30), entgegengesetzten Falles für culpa levis[8]; entsteht in Folge des Vermächtnisses eine Gemeinschaft zwischen dem Beschwerten und dem Vermächtnißnehmer, so kann sich Jener

[24] l. 25. C. de leg. 6, 37. — [25] l. 5. C. de leg. 6, 37. — [26] l. 1. l. 9. § 1. D. de his quae ut ind. 34, 9; l. 31. § 2. D. de ad. leg. 34, 4.

[1] l. 1. C. comm. de leg. 6, 43; über das classische Recht s. Gai. 2, 204. 213. — [2] § 5. I. de obl. qu. ex contr. 3, 27; cf. l. 5. § 2. D. de o. et a. 44, 7. — [3] l. 11. § 25. D. de leg. 3. (32). — [4] l. 71. §§ 3. 4. D. de leg. 1. (30); l. 14. § 2. D. de leg. 3. (32). — [5] l. 23. D. de leg. 1. (30); l. 26. D. de leg. 3. (32); l. 1. l. 4. C. de us. et fr. 6, 47. — [6] Nov. 131. c. 12. — [7] §§ 19. 26. I. de act. 4, 6. — [8] l. 26. § 1. l. 108. § 12. D. de leg. 1. (30).

auf diligentia quam in suis berufen (§ 236 Note 8). — Die Vermächtnißforderung ist durch ein gesetzliches Pfandrecht an denjenigen Gütern, welche der Beschwerte vom Erblasser erhalten hat, gesichert (§ 190 Note 29). — Die Klage, welche dem Vermächtnißnehmer gegen den Beschwerten zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Forderung zusteht, hat von Justinian keinen besonderen Namen erhalten, Neuere nennen sie act. ex testamento, act. legati. Wenn der Beschwerte sechs Monate nach Anstellung der Klage, ohne sich zu vertheidigen und ohne das Vermächtniß zu erfüllen, verstreichen läßt, so kann der Bedachte die Besitzeinweisung in das ganze Vermögen des Beschwerten (sog. missio Antoniniana) verlangen und sich aus den Früchten des Vermögens befriedigen [9].

2. Bei bedingten, betagten, bestrittenen Vermächtnissen. Ist das Vermächtniß unter einer condicio non faciendi hinterlassen, so gelten die Grundsätze des § 401 Note 5 ff., d. h. der bedingt Bedachte kann gegen Stellung der Mucianischen Caution die sofortige Entrichtung des Vermächtnisses fordern [10]. Ist die Bedingung anderen Inhalts, oder ist das Vermächtniß betagt (ex die) oder bestritten, so kann der Bedachte bloß Caution durch Bürgenstellung für die dereinstige Entrichtung des Vermächtnisses verlangen (sog. cautio legatorum servandorum) [11]: wird ihm diese nicht bestellt, so kann er Einweisung in den Besitz Dessen, was der Beschwerte aus der Erbschaft in Händen hat, fordern (§ 76 unter 3). In einigen Fällen findet die Verpflichtung zur Caution nicht statt: a) wenn der Erblasser sie erlassen hat [12], b) wenn Kinder von ihren Eltern zu Erben eingesetzt und mit einem Universalvermächtniß an ihre Kinder oder an ihre Geschwister beschwert sind [13], außer dem parens binubus (§ 350 Note 4), c) bei der liberatio legata [14] (§ 452 unter 2), d) zu Gunsten von Fiscus und Stadtgemeinden [15].

II. Verpflichtung des Vermächtnißnehmers. Er darf die vermachte Sache, bevor sie der Erbe in Besitz genommen, sich nicht ohne dessen Willen aneignen, sonst kann sie ihm sowie seinem Universal- und Singularsuccessor (mit dem int. quod legatorum) abgefordert werden [16]. Er darf sich nicht auf Kosten des Beschwerten ohne Grund bereichern; wenn daher dem Erben an einem erbschaftlichen Grundstück eine Prädialservitut zustand, so muß Derjenige, welchem das Grundstück vermacht ist, die (durch Confusion) untergegangene Servitut wiederherstellen [17]. Endlich muß der Bedachte dem Beschwerten etwaige Verwendungen auf die vermachte Sache nach billigem Ermessen ersetzen [18].

2) § 445. Der Erwerb dinglicher Rechte.

Hat der Erblasser an einer ihm gehörigen Sache Jemandem das Eigenthum oder ein beschränktes dingliches Recht vermacht, so wird nach Justinianischem [1] Recht der Bedachte ipso iure am dies veniens Eigen-

---

[9] l. 5. §§ 16—21. 23—25. D. ut. in poss. 36, 4; l. 6. C. eod. 6, 54. — [10] l. 18. D. de cond. 35, 1. — [11] l. 1. pr. § 1. l. 4. l. 16. D. ut. leg. 36, 3. — [12] l. 2. l. 7. C. ut in poss. 6, 54. — [13] l. 6. C. ad sct. treb. 6, 49. — [14] l. 1. § 2. D. ut. in poss. 36, 4. — [15] l. 1. § 18. l. 6. § 1. D. ut leg. 36, 3. — [16] t. D. 43, 3; C. 8, 3: quod legatorum. — [17] l. 70. l. 116. § 4. D. de leg. 1. (30); l. 76. § 2. D. de leg. 2. (31). — [18] ll. 58—60. D. de leg. 1. (30).

[1] l. 1. C. comm. de leg. 6, 43; über das classische Recht s. Gai. 2, 193. 194. 220—222.

thümer resp. Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts, und er kann das Vermächtniß mit dinglichen Klagen gerichtlich geltend machen. Das Eigenthum resp. dingliche Recht des Bedachten ist jedoch vorläufig ein schwebendes; definitiv wird es erst dann, wenn er erklärt, daß er das Vermächtniß annehme; lehnt er es ab, so wird der Erbe rückwärts Eigenthümer der vermachten Sache. Während des Schwebens des Eigenthums gilt vorläufig der Vermächtnißnehmer als Eigenthümer. (§ 128 N. 7—9.)

Analoge Grundsätze gelten, wenn der Emphyteuta oder Superficiar ihr Recht Jemandem hinterlassen.

Fünfter Titel.

Das Maß der Vermächtnisse (Quarta Falcidia).

t. D. XXXV, 2; t. C. VI, 50: ad legem Falcidiam. — t. I. II, 22: de lege Falcidia.

1) § 446. Die allgemeinen Grundsätze.

Vangerow, §§ 534. 538.

I. Von Alters her ist der Erblasser, welcher Vermächtnisse aussetzt, an eine Schranke gebunden: er darf den Bestand der Erbschaft nicht überschreiten[1]; diese Schranke verwirkt der Erbe (nach einer Verordnung Justinians)[2] dadurch, daß er die Errichtung eines Inventars in der § 427 Note 8 ff. beschriebenen Weise unterläßt; er muß alsdann die Vermächtnisse, falls die Erbschaft nicht zureicht, aus seinem eigenen Vermögen bezahlen.

II. Abgesehen hievon war dem Erblasser in den zwölf Tafeln kein Maß gesetzt[3]; erst spätere Gesetze ordneten ein solches an, da oftmals ein Erblasser, die gesetzliche Freiheit mißbrauchend, die Erbschaft ganz oder zum größten Theil mit Vermächtnissen erschöpfte. Zwei dieser Gesetze, die l. Furia testamentaria und die l. Voconia[4], wurden durch die noch jetzt geltende l. Falcidia (von 714 u. c.) aufgehoben[5]; die l. Falcidia bestimmte, daß jeder Testator dem Erben ein Viertel des Nachlasses (quarta Falcidia) belassen müsse, also nur drei Viertel zu Legaten im Testament verwenden dürfe; sie wurde allmählich auf Intestatlegate, Fideicommisse, Schenkungen von Todeswegen (§ 459), das implendae condicionis causa datum (§ 460) ausgedehnt[6]. — Ein Recht auf die Quart hat nur der Erbe[7], nicht andere Personen, welche bedacht und zugleich belastet sind (selbst nicht der Universalfideicommissar[8], außer in dem Fall des § 458 Note 8); nur können diese, falls sie auf Grund des Falcidischen Gesetzes eine Schmälerung erleiden, von dem Aftervermächtniß einen verhältnißmäßigen Abzug machen[9]. —

---

[1] § 1. I. de sing. reb. 2, 24; l. 114. § 3. i. f. D. de leg. 1. (30). — [2] l. 22. § 14. C. de jure del. 6, 30; Nov. 1. c. 2. — [3] l. 120. D. de v. s. 50, 16. — [4] Gai. 2, 224—227. — [5] l. 1. pr. D. h. t. 35, 2. — [6] l. 18. pr. D. h. t. 35, 2; Gai. 2, 254; § 5. I. de fid. her. 2, 23; l. 32. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 77. § 1. D. de leg. 2. (31); l. 5. l. 12. l. 18. C. h. t. 6, 50. — [7] l. 1. pr. D. h. t. 35, 2. — [8] l. 47. § 1. D. h. t. 35, 2. — [9] l. 43. § 3. D. de cond. 35, 1; l. 32. § 4. D. h. t. 35, 2.

Sind mehrere Erben vorhanden, so hat jeder Erbe selbständig ein Recht auf die Quart des ihm hinterlassenen Erbtheils; der Erblasser darf also nicht, wenn er dem Einen mehr als die Quart gewährt, den Anderen um so schwerer belasten[10]. — Ist die Quart verletzt, so sind die Vermächtnisse hinsichtlich des überschießenden Theiles nichtig[11] (denn die l. Falcidia ist eine lex perfecta, § 12 N. 3 a); daher entsteht, wenn körperliche Sachen vermacht sind, Miteigenthum zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten[12]; ist das Vermächtniß untheilbar, so muß der Bedachte einen entsprechenden Theil des Geldwerthes dem Beschwerten zahlen[13]. Ist es zweifelhaft, ob die Quart verletzt sei, so wird das Vermächtniß entweder vorläufig ganz geleistet und der Empfänger stellt für die eventuelle Rückgabe des zuviel Empfangenen Caution mit Bürgen[14], oder es wird vorläufig zum Theil geleistet und der Beschwerte cavirt für eventuelle Nachzahlung[15]. — Zuweilen wird die Quart nicht abgezogen:

1) Ueberhaupt nicht: a) wenn ein Soldat Vermächtnisse hinterläßt[16], diese Bestimmung ist durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 beseitigt; b) wenn der Testator den Abzug ausdrücklich oder in sonst deutlicher Weise verbietet (nach einer kaum zu rechtfertigenden Verordnung Justinians)[17], c) wenn der Beschwerte darauf verzichtet[18]; ein stillschweigender Verzicht soll (nach einer Verordnung Justinians)[19] dann angenommen werden, wenn der Beschwerte einzelnen Bedachten ihre Vermächtnisse wissentlich ohne Abzug entrichtet; thut er dies aus Irrthum, so liegt jedenfalls kein allgemeiner Verzicht vor, ob er aber das zuviel Entrichtete zurückfordern kann, das hängt von der Beschaffenheit seines Irrthums ab[20] (§ 281 Note 14); d) wenn der Universalfiduciar die Erbschaft gezwungen antritt, so kann er dem Universalfideicommissar die Quart nicht abziehen (§ 458).

2. Von einzelnen Vermächtnissen: a) wenn das Vermächtniß keinen eigentlichen Geldwerth hat, z. B. es besteht in den Urkunden über den Erwerb eines Grundstücks[21]; b) bei dem Vermächtniß des Pflichttheils[22]; c) wenn der Mann seiner Ehefrau Sachen vermacht, welche er ihr zu ihrem persönlichen Gebrauch gegeben hatte[23]; d) bei dem Vermächtniß ad pias causas[24]; e) wenn der Beschwerte den Bedachten um das Vermächtniß zu bringen sucht[25]; f) wenn der Erblasser bei einem einzelnen Vermächtnisse den Abzug verbietet[26]; g) wenn der Beschwerte auf den Abzug bei einem einzelnen Vermächtniß verzichtet[27]. — Der Nichtabzug der Quart hat für den Beschwerten nicht immer dieselben Folgen; in dem Falle c. wird das eximirte Vermächtniß wie eine auf

---

[10] l. 77. D. h. t. 35, 2; § 1. I. h. t. 2, 22. — [11] l. 73. § 5. D. h. t. 35, 2. — [12] l. 1. § 5. D. quod leg. 43, 3; l. 26. D. h. t. 35, 2. — [13] l. 7. l. 23. l. 80. § 1. D. h. t. 35, 2. — [14] t. D. 35, 3: si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur. — [15] l. 73. §§ 1. 2. D. h. t. 35, 2. — [16] l. 7. C. h. t. 6, 50; l. 3. § 1. D. ad sct. treb. 36, 1. — [17] Nov. 1. c. 2. § 2; das frühere Recht s. in l. 15. §§ 1. 8. l. 27. D. h. t. 35, 2; l. 11. C. h. t. 6, 50. — [18] l. 19. C. h. t. 6, 50; l. 46. l. 71. D. h. t. 35, 2. — [19] Nov. 1. c. 3. — [20] l. 9. § 5. D. de jur. ign. 22, 6; l. 9. C. h. t. 6, 50. — [21] l. 15. C. h. t. 6, 50. — [22] l. 36. pr. C. de inoff. test. 3, 28; l. 87. § 4. D. de leg. 2. (31). — [23] l. 81. § 2. D. h. t. 35, 2. — [24] Nov. 131. c. 12. — [25] l. 59. pr. D. h. t. 35, 2. — [26] l. 88. § 2. D. h. t. 35, 2; l. 6. i. f. D. de fideic. lib. 40, 5. — [27] l. 46. l. 71. D. h. t. 35, 2.

der Erbschaft liegende Schuld vorabgezogen und der Beschwerte kann nur von dem Rest die Quart verlangen[28]; dieselbe Berechnung tritt ein, wenn Jemand zuerst als Soldat, später als Nichtsoldat Vermächtnisse aussetzt[29] (ein Fall, der seit dem Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 außer Acht bleiben muß); in den übrigen Fällen trägt der Beschwerte den Ausfall; doch kann der Testator bestimmen, daß der Beschwerte sich für den Ausfall bei den eximirten Vermächtnissen durch einen um so größeren Abzug von den übrigen Vermächtnissen schadlos halten soll[30].

2) § 447. Berechnung der Quart.

Vangerow, § 536.

Um zu ermitteln, ob und inwieweit das Recht des Erben auf die Quart geschmälert sei, muß der Betrag der Erbschaft resp. des Erbtheils und der dem Erben obliegenden Vermächtnisse und gleichgestellten Zuwendungen auf Geld zurückgeführt werden.

1. Bei Berechnung des Geldwerthes der Erbschaft resp. des Erbtheils wird auf den Todestag des Erblassers gesehen; spätere Vermehrungen resp. Verminderungen bleiben außer Rücksicht[1], doch werden zu den Erbschaftsschulden gerechnet die Kosten des Begräbnisses[2], der Uebernahme und Liquidation der Erbschaft[3], ferner die in § 446 Note 28. 29 erwähnten Vermächtnisse, endlich der Pflichttheil (§ 449). Bedingte Forderungen und Schulden werden entweder mit ihrem Verkaufswerth oder mit ihrem Nennwerth oder gar nicht in Ansatz gebracht, in letzteren beiden Fällen werden Cautionen bestellt[4] (§ 446 Note 14. 15). Bei betagten Forderungen und Schulden wird das Interusurium in Anrechnung gebracht[5]. Forderungen und Schulden des Erblassers an den Erben werden in Ansatz gebracht[6], wie wenn sie nicht confundirt wären.

2. Bei Berechnung des Geldwerths der Vermächtnisse und der gleichgestellten Zuwendungen wird auf den Todestag des Erblassers gesehen[7]. Außer Ansatz bleiben ungiltige[8] Vermächtnisse, sowie solche, welche bereits als Erbschaftsschulden abgezogen sind. Bei betagten Vermächtnissen wird das Interusurium in Anrechnung gebracht. Suspensiv bedingte Vermächtnisse bleiben vorläufig außer Ansatz, dem bedingt Bedachten müssen jedoch die unbedingten Vermächtnißnehmer Caution für eventuelles Herauszahlen leisten[9]. Immerwährende Renten werden zu vier Procent capitalisirt[10], Renten auf die Lebensdauer des Bedachten, sowie Personalservituten werden entweder nach ihrem Verkaufswerth angeschlagen[11] oder nach der wahrscheinlichen Lebensdauer des Bedachten (die Quellen enthalten

---

[28] l. 81. § 2. D. h. t. 35, 2. — [29] l. 17. § 4. l. 18. D. de test. mil. 29, 1; l. 17. l. 92. D. h. t. 35, 2. — [30] l. 88. § 2. D. h. t. 35, 2.

[1] l. 30. pr. §§ 2—4. l. 56. pr. l. 73. pr. D. h. t. 35, 2. — [2] l. 1. § 19. l. 2. D. h. t. 35, 2; § 2. I. h. t. 2, 22. — [3] l. 72. D. h. t. 35, 2. — [4] l. 73. § 1. D. h. t. 35, 2; l. 1. §§ 4. 11. D. si cui plus 35, 3. — [5] arg. l. 73. § 4. D. h. t. 35, 2. — [6] l. 6. pr. l. 8. C. h. t. 6, 50; l. 87. § 2. D. h. t. 35, 2. — [7] l. 30. § 4. D. h. t. 35, 2. — [8] l. 50. l. 51. l. 76. § 1. D. h. t. 35, 1. — [9] l. 45. § 1. l. 73. § 2. D. h. t. 35, 2; l. 88. § 3. D. eod. — [10] l. 3. § 2. D. h. t. 35, 2. — [11] l. 55. D. h. t. 35, 2.

eine sog. Mortalitätstabelle) capitalisirt[12]; zugleich aber wird durch Cautionsstellung für die Berichtigung von falschen Annahmen gesorgt[13].

Beträgt nun der Gesammtwerth unter 2 mehr als dreiviertel des Gesammtwerthes unter 1, so kann der Erbe die Quart abziehen, richtiger: der Erbe kann die einzelnen Vermächtnisse resp. die gleichgestellten Zuwendungen verhältnißmäßig um soviel kürzen, als ihm zur Quart fehlt[14]. Auf die Quart muß der Erbe dasjenige anrechnen, was er aus seinem Erbtheil (iure heredis) behält[15], namentlich Vermächtnisse, welche ungiltig werden[16], auch denjenigen Theil des Prälegats, welcher auf seinen Erbtheil fällt[17], ferner die Früchte, welche der Erbe von einem betagten Vermächtnisse von Antritt der Erbschaft bis zum Fälligkeitstermin zieht[18]. Aber auch das muß der Erbe auf die Quart einrechnen, was er als Entgelt für eine wegzugebende Erbschaftssache erhält (z. B. er ist damit belastet worden, eine Sache, welche 100 werth ist, für 50 an einen Dritten zu verkaufen)[19]; ferner Geschenke und Vermächtnisse, die ihm der Erblasser mit der ausdrücklichen Bestimmung zuwendete, daß sie Ersatz für die Quart sein sollen[20]. Nicht jedoch braucht er Vermächtnisse, die ihm ohne eine solche Bestimmung zugewendet werden, anzurechnen, namentlich nicht die Prälegatsantheile, mit denen seine Miterben belastet sind[21], ferner nicht ein Aftervermächtniß, welches er von einem Bedachten empfängt (nur darf er dem letzteren, soweit das Aftervermächtniß reicht, keinen Abzug machen[22]), ferner nicht das condicionis implendae causa acceptum (§ 460)[23], ferner nicht die in die Zeit der hered. iacens fallenden Früchte[24].

3) § 448. Berechnung und Abzug der Quart im Falle der Vereinigung mehrerer Erbtheile.

v. d. Pfordten, Abhandlungen Nr. 1. 1840. — Pernice, comment. iuris. Roman. duae, comm. I. 1855. — Baron, Gesammtrechtsverhältnisse, §§ 42. 43. 1864. — Amann, die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile durch Accrescenz oder Potestas sowie bei der Vulgar- und Pupillarsubstitution. 1876 — Vangerow, § 535.

Vereinigen sich in Einer Person mehrere Erbtheile, so kann die Quart in dreifacher Art berechnet resp. abgezogen werden: 1) die Quart wird von jedem Erbtheil selbständig berechnet und abgezogen, wie wenn die mehreren Erbtheile nicht in Einer Person zusammengetroffen wären; 2) es werden die mehreren Erbtheile zu einem einzigen vereinigt, hievon die Quart berechnet und **sämmtlichen** Bedachten ein verhältnißmäßiger Abzug gemacht; 3) es wird die Quart zunächst von jedem Erbtheil selbständig berechnet, aber der Ueberschuß des einen Erbtheils wird dazu verwendet, um die Ueberschwerung des anderen zu decken; die dritte Berechnungsart hat für den **Erben** dasselbe Resultat wie die zweite, nicht

---

[12] l. 68. pr. D. h. t. 35, 2. — [13] l. 1. § 16. D. h. t. 35, 2. — [14] l. 73. § 5. D. h. t. 35, 2. — [15] l. 74. l. 91. D. h. t. 35, 2. — [16] l. 50. l. 51. l. 76. § 1. D. h. t. 35, 2. — [17] l. 86. l. 91. D. h. t. 35, 2. — [18] l. 15. § 6. l. 24. § 1. l. 88. § 3. D. h. t. 35, 2. — [19] l. 19. l. 30. § 1. l. 87. pr. D. h. t. 35, 2. — [20] l. 56. § 5. l. 75. l. 90. D. h. t. 35, 2. — [21] l. 74. l. 91. D. h. t. 35, 2. — [22] l. 22. pr. l. 29. l. 94. D. h. t. 35, 2. — [23] l. 74. l. 91. D. h. t. 35, 2. — [24] l. 36. pr. l. 73. pr. D. h. t. 35, 2.

aber für die auf die einzelnen Erbtheile gelegten Vermächtnisse. Alle drei Arten kommen in Anwendung nach folgenden Grundsätzen:

a. Wenn die Vereinigung der mehreren Erbtheile durch eine von der Beerbung unabhängige Thatsache geschehen ist (z. B. dadurch, daß ein Miterbe hinterher den anderen beerbt), so gilt die erste Art [1].

b. Wenn Jemand vom Erblasser auf mehrere Theile eingesetzt ist, gleichviel ob bedingt oder unbedingt, ferner wenn Jemand als Institut und zugleich als Vulgarsubstitut erbt und er ausdrücklich in seiner Eigenschaft als Substitut mit Vermächtnissen beschwert worden ist, so gilt die zweite Art [2].

c. Wenn Jemand als Substitut und zugleich als Vulgarsubstitut erbt und er mit der Substitutenportion die dem weggefallenen Delaten auferlegten Vermächtnisse überkommt (§ 442 Note 15), so ist zu unterscheiden, ob die Instituten- oder die Substitutenportion überschwert ist; ersterenfalls gilt die zweite, letzterenfalls die erste Art. Nach der Meinung vieler Juristen ist, gleichviel welche Portion überschwert ist, stets die zweite Art in Anwendung zu bringen [3]; dies ist gegen ein klares Quellenzeugniß [4].

d. Wenn ein Erbe durch Accrescenz den Erbtheil eines weggefallenen Delaten hinzuerbt, so ist zu unterscheiden, ob die ursprüngliche oder die accrescirende Erbportion überschwert ist; ersterenfalls gilt die dritte, letzterenfalls die erste Art [5]. Dasselbe gilt, wenn Jemand zugleich mit einem seiner Gewalt unterworfenen Kinde erbt und dadurch (nach altem Recht den Erbtheil des Kindes, nach Justinianischem und heutigem Recht) den Nießbrauch am Erbtheil des Kindes zu seinem Erbtheil hinzuerwirbt [6].

e. In Folge einer Pupillarsubstitution können die Theile zweier Erbschaften, sowie zwei Erbschaften selbst sich in Einer Person vereinigen. Für beide Fälle gilt die Regel, daß der Vater Vermächtnisse bloß mit Rücksicht auf den Umfang seines Nachlasses, wie er im Augenblick seines Todes besteht, aussetzen darf, nicht auch mit Rücksicht auf das vom Pupillen hinzuerworbene Vermögen (pater *de suo* legat) [7]; sowie die fernere Regel, daß Vermächtnisse, welche dem Pupillarsubstituten als solchen auferlegt sind, als bedingte Belastungen des Pupillen gelten [8] (nämlich unter der Bedingung, wenn er als Unmündiger versterben sollte). Hieraus folgt:

aa. Ist der Pupill der alleinige Erbe des Vaters und sind ihm wie dem Substituten Vermächtnisse auferlegt, so werden dieselben vereinigt, und wenn sie drei Viertel des väterlichen Nachlasses überschreiten, verhältnißmäßig gekürzt [9]. Das Gleiche gilt, wenn nicht der Pupill (welcher enterbt ist), sondern der Substitut den Vater allein beerbt und er sei es in seiner Eigenschaft als Institut oder als Substitut oder in beiden Eigenschaften beschwert ist [10].

---

[1] l. 1. § 15. D. h. t. 35, 2. — [2] l. 1. § 13. l. 11. § 7. l. 87. § 3. D. h. t 35, 2. — [3] Wegen l. 87. § 4. D. h. t. 35, 2, die sich aber auf den Substituten eines Pupillen bezieht, welcher (vermöge der duplex substitutio tacita) als Vulgarsubstitut erbt. — [4] l. 1. § 13. i. f. D. h. t. 35, 2. — [5] l. 78. D. h. t. 35, 2. — [6] l. 21. § 1. D. h. t. 35, 2. — [7] l. 11. §§ 5—7. l. 79. l. 80. l. 87. § 7. D. h. t. 35, 2. — [8] l. 1. § 12. l. 31. D. h. t. 35, 2. — [9] l. 79. l. 11. § 5. l. 80. pr. D. h. t. 35, 2. — [10] l. 10. l. 11. § 8. l. 87. § 7. D. h. t. 35, 2.

bb. Wird der Vater zusammen vom Pupillen und von seinem Substituten beerbt, und ist bloß der Pupill überschwert, so gilt die erste Art[11]; ist bloß der Andere, sei es in seiner Eigenschaft als Institut oder als Substitut oder in beiden Eigenschaften überschwert, so gilt die zweite Art[12].

4) § 449. Verhältniß der Quart zum Pflichttheil.

Nach Römischem Recht[1] kann der Erbe neben dem Pflichttheil nicht noch die Quart fordern; das canonische Recht[2] gewährt den von ihren Eltern zu Erben eingesetzten, aber mit einem Universalfideicommiß belasteten Kindern neben dem Pflichttheil auch noch die Quart; viele Juristen dehnen diese Vorschrift auf alle Notherben und auf alle Vermächtnisse aus. Der Pflichttheil ist als Erbschaftsschuld zu behandeln (§ 447 unter 1).

Sechster Titel.

Besondere Darstellung einzelner Vermächtnisse.

Vorbemerkung.

Die bei § 273 bezüglich der Obligationen gemachte Vorbemerkung gilt auch von den Vermächtnissen; es sollen daher im Nachstehenden bloß diejenigen Vermächtnisse behandelt werden, denen wegen ihrer häufigen Anwendung eine vorzügliche Bedeutung zukommt, oder welche wegen ihrer Eigenschaften unter besonderen Vorschriften stehen.

I. § 450. Vermächtnisse an körperlichen Sachen.

Vangerow, §§ 525. 548—553.

Körperliche Sachen können entweder so vermacht werden, daß der Erblasser sie individuell bezeichnet, oder so, daß er sie bloß der Gattung nach bestimmt.

I. Vermächtnisse an einer individuell bezeichneten Sache. Das Vermächtniß kann eine einzelne Sache zum Gegenstande haben oder eine Mehrheit von Sachen, welche mit einem Collectivnamen bezeichnet ist, z. B. die Mobilien, der Schmuck, das Hausgeräth; die Quellen[1] enthalten genaue Ausführungen darüber, was in einem solchen Falle unter den Collectivnamen fällt. — Von großem Einfluß auf das Vermächtniß ist die Person des bisherigen Eigenthümers der Sache:

1. Gehört die Sache dem Erblasser im Augenblick seines Todes, so gilt das Vermächtniß, auch wenn der Erblasser die Sache aus Irrthum für eine fremde hielt[2]; der Bedachte erwirbt am dies veniens ipso iure das Eigenthum der Sache (§ 445). Ist die Sache mit Prädialservituten oder mit einem Usus belastet, so muß sich dies der Vermächtnißnehmer

---

[11] l. 11. § 7. l. 87. § 4. i. f. D. h. t. 35, 2. — [12] l. 87. §§ 5. 8. D. h. t. 35, 2; l. 41. § 6. D. de vulg. subst. 28, 6.

[1] cf. l. 8. § 9. D. de inoff. 5, 2. — [2] c. 16. c. 18. X. de test. 3, 26.

[1] t. D. 33, 6: de trit. vin. vel ol. leg.; 33, 7: de instructo vel instrum. leg.; 33, 9: de penu leg.; 33, 10: de sup. leg.; 34, 2: de auro argento mundo ornam. ungu. veste v. vestim. et statuis leg. — [2] § 11. I. h. t. 2, 20.

gefallen lassen[3]; anders wenn Usufructus, Emphyteuse, Superficies, Pfandrecht auf ihr ruhen; dann muß der Beschwerte, wenn diese Rechte ihm selbst zustehen, darauf verzichten[4], wenn einem Dritten, so muß er sie, falls der Erblasser sie kannte, ablösen[5]; stehen sie dem Vermächtnißnehmer selbst zu, so kann dieser eine besondere Vergeltung dafür nicht verlangen.

2. Gehört die Sache im Augenblick des Todes des Erblassers dem Beschwerten, so gilt das Vermächtniß, selbst wenn der Erblasser aus Irrthum sie für die seinige hielt[6]. Der Bedachte erwirbt am dies veniens nicht ipso iure das Eigenthum der Sache, sondern bloß eine Forderung an den Beschwerten.

3. Gehört die Sache im Augenblick des Todes des Erblassers einem Dritten, so gilt das Vermächtniß unbedingt dann, wenn der Erblasser oder der Beschwerte die Sache im redlichen Besitz hatte; freilich kann dann der Vermächtnißnehmer bloß die Besitzübertragung, nicht auch, wenn die Sache ihm vom Eigenthümer evincirt worden ist, den Schadensersatz verlangen[7]. Stand aber die Sache weder im redlichen Besitz des Erblassers noch in dem des Beschwerten, so gilt das Vermächtniß nur dann, wenn der Erblasser das Eigenthum des Dritten kannte (§ 51 unter I. 1); es muß dann der Beschwerte die Sache vom Dritten zu erwerben suchen oder, falls ihm dies nicht gelingt (§ 444 Note 4), ihren Werth dem Bedachten leisten[8]. — Hat der Erblasser die Sache eines Dritten vermacht, an welcher ihm oder dem Beschwerten ein übertragbares dingliches Recht zustand, so wird vermuthet, daß er bloß das dingliche Recht habe hinterlassen wollen[9].

4. Gehört die Sache im Augenblick des Todes des Erblassers dem Bedachten, so ist das Vermächtniß wegen Unmöglichkeit der Erfüllung nichtig[10]; nur dann gilt es, wenn der Bedachte bloß revocables oder anfechtbares Eigenthum hat (der Beschwerte muß ihn vor dem Verlust des Eigenthums schützen)[11], sowie wenn dem Erblasser oder dem Beschwerten oder auch (falls der Erblasser es kannte) einem Dritten ein Usufructus, eine Emphyteuse, Superficies, ein Pfandrecht an der vermachten Sache zustehen (der Beschwerte muß die Sache von diesen Rechten befreien)[12], sowie endlich, wenn der Erblasser die Sache vom Bedachten zu fordern hat (der Bedachte wird alsdann von seiner Schuld befreit)[13]. — Hat der Bedachte die Sache erst nach der Errichtung des Vermächtnisses erworben, so gilt dieses, wenn der Erwerb ein lästiger war, insofern, daß der Bedachte den Ersatz der Erwerbskosten verlangen kann (§ 442 Note 23).

---

[3] l. 69. § 3. l. 116. § 4. D. de leg. 1. (30); l. 18. D. de serv. 8, 1. — [4] l. 26. l. 76. § 2. D. de leg. 2. (31). — [5] l. 66. § 6. D. de leg. 2. (31); l. 57. D. de leg. 1. (30); § 5. I. h. t. 2, 20; l. 6. C. de fideic. 6, 42. — [6] l. 67. § 8. D. de leg. 2. (30). — [7] l. 67. § 8. l. 77. § 8. D. de leg. 2. (31). — [8] l. 39. § 7. l. 71. § 3. D. de leg. 1. (30); l. 14. § 2. l. 30. § 6. D. de leg. 3. (32); l. 10. C. de leg. 6, 37; § 4. I. h. t. 2, 20. — [9] l. 71. § 6. D. de leg. 1. (30); cf. l. 39. § 3. eod. — [10] l. 13. C. de leg. 6, 37. — [11] l. 82. § 1. D. de leg. 1. (30). — [12] l. 71. § 5. l. 86. pr. § 4. D. de leg. 1. (30); nicht widersprechend ist l. 66. § 6. D. de leg. 2 (31); die Worte „propter istas causas“ gehen auf Prädialservituten. — [13] l. 39. § 2. D. de leg. 1. (30).

II. Vermächtniß an einer der Gattung nach bestimmten Sache[14] (sog. legatum generis). Dieses Vermächtniß ist als Geldvermächtniß sehr häufig im Gebrauch, seltener an anderen Gattungssachen. Das Vermächtniß gilt unbedingt dann, wenn es seiner Quantität nach bestimmt ist, und es schadet nicht, daß seine Qualität unbestimmt geblieben ist (z. B. centum amphorae vini, certum pondus olei[15] ohne Hinzufügung der Sorte). Ist aber die vermachte Sache selbst dem Umfang nach unbestimmt (z. B. es vermacht Jemand „vinum", „domus", „fundus"), so gilt das Vermächtniß nur dann, wenn sich im Nachlaß Sachen von der vermachten Gattung vorfinden[16] (§ 440 Note 6); geht das Vermächtniß nicht auf alle Nachlaßsachen der bezeichneten Gattung, sondern auf eine beschränkte Zahl derselben, so kann der Vermächtnißnehmer unter den Nachlaßsachen wählen[17]; das beste Stück darf er nicht wählen[18], außer wenn ihm der Erblasser ausdrücklich das Wahlrecht eingeräumt hat[19] (leg. optionis s. electionis)[20]. Das Wahlrecht war bis Justinian höchstpersönlich, und daher ging das Vermächtniß unter, wenn der Bedachte, ohne gewählt zu haben, starb; nach einer Verordnung Justinians[21] geht das Wahlrecht wie das Vermächtniß auf den Erben des Vermächtnißnehmers über; unter mehreren Erben des Vermächtnißnehmers wie unter Collegataren, welche sich nicht einigen können, entscheidet das Loos[22]. Behufs Ausübung des Wahlrechts kann dem Vermächtnißnehmer auf Antrag eines dabei Betheiligten eine Frist gesetzt werden, deren Versäumung in der Regel den Verlust des Vermächtnisses zur Folge hat[23]. Der Erblasser kann das Wahlrecht dem Erben oder einem Dritten geben; der Erbe darf nicht das Schlechteste wählen[24]; kommt er in Verzug, so geht das Wahlrecht auf den Vermächtnißnehmer über[25]; der Dritte muß binnen einem Jahre wählen, sonst geht das Wahlrecht auf den Vermächtnißnehmer über; dies gilt auch, wenn der Dritte, ohne gewählt zu haben, stirbt[26]. — Die über das Wahlrecht entwickelten Grundsätze gelten auch bei dem sog. alternativen Vermächtniß[27], nur daß hier der Vermächtnißnehmer stets das Beste wählen kann. — Unterarten des Gattungsvermächtnisses sind das Rentenvermächtniß und das Alimentenvermächtniß:

1. Das Rentenvermächtniß[28] ist das Vermächtniß einer terminlich wiederkehrenden, meist in Gelde bestehenden Leistung. Der Termin kann ein jähriger sein (annuum legatum), ein kürzerer, ein längerer. Die Dauer der Rente hängt von der Bestimmung des Erblassers ab; er kann sie als eine ewige hinterlassen[29] oder auf eine bestimmte Frist beschränken[30]; mangelt es an einer Bestimmung des Erblassers, so endet die Rente mit dem Tode des Bedachten[31]. Das Rentenvermächtniß

[14] t. D. 34, 6: de tritico, vino vel oleo legato. — [15] l. 3. pr. l. 4. D. h. t. 33, 6. — [16] l. 7. pr. D. h. t. 33, 6; l. 69. § 4. D. de j. d. 23, 3; l. 71. pr. D. de leg. 1. (30). — [17] § 22. I. h. t. 2, 20; l. 108. § 2. D. de leg. 1. (30). — [18] l. 37. pr. D. de leg. 1. (30). — [19] l. 2. pr. D. de opt. 33, 5. — [20] t. D. 33, 5: de optione vel electione legata. — [21] § 23. I. h. t. 2, 20. — [22] l. 3. pr. C. comm. de leg. 6, 43. — [23] l. 6. l. 7. l. 8. pr. l. 13. § 1. l. 17. D. h. t. 33, 5. — [24] l. 110. D. de leg. 1. (30). — [25] l. 11. § 1. D. de leg. 2. (31). — [26] l. 3. § 1. C. comm. de leg. 6, 43. — [27] l. 34. § 14. D. de leg. 1. (30); l. 23. D. de leg. 2. (31). — [28] t. D. 33, 1: de annuis legatis et fideicommissis. — [29] l. 22. C. de leg. 6, 37. — [30] l. 20. D. qu. dies 36, 2. — [31] l. 8. D. h. t. 33, 1.

enthält soviel einzelne Vermächtnisse, als Zahlungstermine sich ergeben; der Bedachte erwirbt daher die erste Rente, wenn er den Erblasser überlebt, die folgenden nur dann, wenn er ihren Zahlungstermin erlebt[32]. Zu unterscheiden ist das Vermächtniß einer in mehreren Terminen auszuzahlenden Summe; das Vermächtniß ist ein einziges und der Bedachte braucht nicht die einzelnen Zahlungstermine zu erleben[33].

2. Das Alimentenvermächtniß[34] ist das Vermächtniß dessen, was zum Lebensunterhalt (zur Nahrung, Kleidung und Wohnung) erforderlich ist[35]. Hat der Erblasser nichts Genaueres bestimmt, so setzt der Richter fest, wieviel der Beschwerte zu leisten hat; er muß dabei auf das Verhältniß des Vermächtnißnehmers zum Erblasser, auf seinen Stand, auf die Größe Dessen, was dem Beschwerten vom Erblasser zugewendet worden ist, Rücksicht nehmen[36]. Um das Alimentenvermächtniß zu begünstigen, sind mehrere positive Rechtssätze aufgestellt worden: a) es kann auch einem Erbunfähigen hinterlassen werden[37]; b) wenn es Jemandem bis zu seiner Mündigkeit hinterlassen ist, so wird darunter die plena pubertas (von achtzehn und vierzehn Jahren, § 21 Note 13) verstanden[38]; c) wenn ein Erblasser die von ihm ausgesetzten Vermächtnisse später mit einer allgemeinen Wortformel kürzt, so wird dieselbe nicht auf das Alimentenvermächtniß bezogen[39]; d) wenn ein Anderer als der Erbe mit einem Alimentenvermächtniß beschwert ist, und ihm auf Grund des Falcidischen Gesetzes ein Abzug gemacht wird, so darf er das Alimentenvermächtniß dennoch nicht kürzen[40], vgl. § 446 Note 9.

II. § 451. Vermächtnisse von dinglichen Rechten an fremder Sache.

Vangerow, § 554.

Vermächnisse von dinglichen Rechten an fremder Sache kommen am häufigsten in folgenden drei Arten vor:

I. Der Erblasser vermacht ein ihm an einer fremden Sache zustehendes, übertragbares dingliches Recht[1]; der Bedachte erwirbt dasselbe ipso iure am dies veniens (§ 445).

II. Der Erblasser erläßt letztwillig dem Eigenthümer einer Sache ein dingliches Recht, welches ihm an derselben zusteht[2]; die belastete Sache wird am dies veniens ipso iure von der Belastung frei. Erläßt ein Erblasser ein Pfandrecht, das ihm an der Sache seines Schuldners zusteht, so liegt hierin nicht zugleich ein Erlaß der Schuld, außer wenn der Wille des Erblassers auch hierauf gerichtet war[3].

III. Der Erblasser bestellt an einer bestimmten, ihm gehörigen Sache

[32] l. 4. l. 5. l. 8. l. 11. l. 22. D. h. t. 43, 1; ll. 10—12. D. qu. dies 36, 2. — [33] l. 12. § 4. l. 20. l. 26. § 2. D. qu. dies 36, 2; l. 3. D. h. t. 33, 1. — [34] t. D. 34, 1: de alimentis vel cibariis legatis. — [35] l. 6. l. 7. l. 23. D. h. t. 34, 1. [36] l. 12. § 2. l. 22. pr. D. h. t. 34, 1. — [37] l. 11. D. h. t. 34, 1; l. 3. pr. D. de his quae pro non scr. 34, 8. — [38] l. 14. § 1. D. h. t. 34, 1. — [39] l. 18. § 3. D. h. t. 34, 1. — [40] l. 25. § 1. D. ad l. falc. 35, 2; l. 77. § 1. D. de leg. 2 (31).

[1] l. 71. § 6. D. de leg. 1. (30); l. 1. § 7. D. de sup. 43, 18. — [2] l. 71. § 5. l. 86. § 4. D. de leg. 1. (30). — [3] l. 1. § 1. D. de lib. leg. 34, 3.

durch Vermächtniß Jemandem ein dingliches Recht irgend welcher Art[4]; der Bedachte erwirbt dasselbe ipso iure am dies veniens (§ 445). Unter den Vermächtnissen dieser Art ist der Usufructus sei es an einzelnen Erbschaftssachen oder am ganzen Nachlaß besonders häufig. Ist Jemandem das Eigenthum einer Sache schlechtweg (ohne den Zusatz „detracto usufructu“), einem Anderen der Usufructus derselben Sache vermacht, so ist Jeder von ihnen zur halben Nutzung der Sache berechtigt[5]. Ist Jemandem der Usufructus an einem Theile des Nachlasses vermacht, so hat der Beschwerte die Befugniß, statt der einzelnen Nachlaßgegenstände eine entsprechende Geldsumme dem Bedachten zur Nutzung hinzugeben[6]. Ist Mehreren der Usufructus gemeinschaftlich hinterlassen, so findet unter ihnen das Accrescenzrecht selbst dann statt, wenn sie bereits Alle das Vermächtniß erworben haben und hinterher einer von ihnen (z. B. durch Tod, Nonusus) wegfällt[7]; ja die Accrescenz kommt selbst Demjenigen zu Gute, welcher seinen Antheil am Nießbrauch bereits verloren hatte[8], quia ususfructus non portioni sed homini accrescit[9].

III. § 452. Vermächtnisse in Bezug auf Forderungen.

Vangerow, § 555.

Im § 444 ist ausgeführt, daß durch jedes Vermächtniß eine Obligation zwischen dem Bedachten und dem Beschwerten entsteht. Aber auch eine im Augenblick des Todes des Erblassers bereits bestehende Forderung kann Gegenstand des Vermächtnisses sein. Dasselbe kann in dreifacher Weise stattfinden:

1. Der Erblasser vermacht Jemandem eine Forderung, die er an einen Dritten hat resp. einen ihm geschuldeten Gegenstand[1] (nomen legatum). Der Bedachte wird am dies veniens ipso iure Cessionar und kann als solcher die Klage des Erblassers gegen den Schuldner als act. utilis anstellen (§ 248 Note 8); er kann ausdrückliche Cession vom Erben fordern[2], doch haftet ihm dieser weder für die Bonität der Forderung, noch selbst für die Verität, denn das Vermächtniß ist nichtig, wenn die Forderung niemals bestanden hat oder während Lebzeiten des Erblassers aufgehoben worden ist[3]; nur wenn sie der Erblasser gezahlt erhalten hat, bleibt das Vermächtniß giltig[4], es sei denn, daß ein entgegengesetzter Wille des Erblassers offenbar ist.

2. Der Erblasser erläßt seinem Schuldner letztwillig die Forderung, die er an ihn hat (liberatio legata)[5]. Da ein solcher Erlaß der Entstehungsweise der Obligation nicht entspricht (§ 268), so wird bei dem dies veniens die Forderung des Erblassers nach Römischem Recht nicht ipso

---

[4] t. D. 33, 2: de usu et usufr.; t. D. 33, 3: t. serv. leg.; l. 26. pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 1. C. comm. de leg. 6, 43. — [5] l. 19. l. 26. § 1. D. de usu et usufr. 33, 2; l. 4. D. de usufr. accr. 7, 2. — [6] l. 32. § 8. D. de usu et usufr. 33, 2. — [7] l. 1. § 3. D. de usufr. accr. 7, 2. — [8] l. 10. D. de usufr. accr. 7, 2. — [9] l. 33. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 14. § 1. D. de exc. r. j. 44, 2.

[1] l. 18. C. de leg. 6, 37. — [2] l. 44. § 6. l. 75. § 2. l. 105. D. de leg. 1. (30); § 21. I. h. t. 2, 20. — [3] l. 75. §§ 1. 2. D. de leg. 1. (30); l. 25. D. de lib. leg. 34, 3; § 21. I. h. t. 2, 20. — [4] l. 11. § 13. l. 64. D. de leg. 3. (32). — [5] t. D. 34, 3: de liberatione legata.

iure aufgehoben, sondern der Bedachte kann der Klage des Erben eine exc. doli entgegensetzen oder auch von ihm die Befreiung (durch Acceptilatio, pact. de non petendo) fordern[6]. Nach heutigem Recht wird der Schuldner am dies veniens ipso iure von seiner Schuld frei, zugleich kann er vom Erben Herausgabe eines etwa ausgestellten Schuldscheins oder Quittirung verlangen. Ist der Bedachte nichts schuldig, sei es, daß er niemals dem Erblasser schuldete[7], oder daß seine Schuld bei Lebzeiten des Erblassers aufgehoben wurde, so ist das Vermächtniß nicht giltig[8]. — Der Erblasser kann Jeden, der letztwillig etwas von ihm gewinnt, damit belasten, auf seine Forderung an einen Dritten zu verzichten[9]; er kann ihm aufgeben, Jemanden von einer Forderung, die ein Dritter an letzteren hat[10], zu befreien; im letzten Falle liegt, falls der Erblasser zugleich das Interesse des Gläubigers im Auge hatte, sowohl ein leg. liberationis als debiti (Nr. 3) vor[11].

3. Der Erblasser vermacht seinem Gläubiger das, was er ihm schuldig ist (legatum debiti). Ein solches Vermächtniß ist nur soweit giltig, als es für den Gläubiger von Interesse ist[12] (§ 440 unter 3), z. B. indem dadurch eine Einrede, eine Bedingung, eine Frist beseitigt wird[13], sowie indem der Gläubiger ein Pfandrecht an der Erbschaft erwirbt (§ 190 Note 29). Besteht die Schuld nicht, so ist das Vermächtniß ungiltig, außer wenn der Gegenstand der angeblichen Schuld näher bezeichnet ist[14]. — Der Erblasser kann auch dem Gläubiger eines Anderen das, was dieser ihm schuldet, vermachen; dieses Vermächtniß ist immer giltig, weil der Gläubiger dadurch einen neuen Schuldner (den Beschwerten) gewinnt; ist das Vermächtniß zugleich im Interesse des Schuldners ausgesetzt, so liegt sowohl ein leg. debiti als ein leg. liberat. vor[15]; vgl. oben Note 11.

IV. § 453. Vermächtnisse bezüglich einer Dos.

Durch Vermächtniß kann eine Dos bestellt werden (§ 432). Aber auch eine bestehende Dos kann Gegenstand eines Vermächtnisses sein in dreifacher Weise:

1. Derjenige, an welchen die Dos nach aufgehobener Ehe fällt (§ 338), kann seine desfallsige Forderung Jemandem vermachen; das ist ein Fall des nomen legatum.

2. Derjenige, an welchen die Dos nach aufgehobener Ehe fällt, kann sie Demjenigen, welchem die Rückzahlung obliegt (§ 343), erlassen; dies ist ein Fall der liberatio legata[1].

3. Derjenige, welcher die Dos nach aufgehobener Ehe zurückzahlen muß, vermacht sie dem Rückforderungsberechtigten (dos praelegata s.

---

[6] l. 3. § 3. l. 7. § 1. l. 22. D. h. t. 34, 3. — [7] l. 75. § 2. D. de leg. 1. (30); l. 25. D. h. t. 34, 3. — [8] l. 7. § 4. l. 21. pr. § 1. D. h. t. 34, 3. — [9] l. 24. D. h. t. 34, 3. — [10] l. 8. pr. D. h. t. 34, 3. — [11] l. 3. § 5. l. 7. § 3. D. h. t. 34, 3. — [12] l. 11. l. 25. D. de lib. leg. 34, 3. — [13] l. 13. l. 14. D. de lib. leg. 34, 3; l. 28. pr. l. 29. D. de leg. 1. (30); § 14. I. h. t. 2, 20. — [14] l. 75. § 1. D. de leg. 1. (30); l. 88. § 10. D. de leg. 2. (31); l. 25. D. de lib. leg. 34, 3. — [15] l. 11. § 22. D. de leg. 3. (32); l. 49. § 6. D. de leg. 1. (30).

[1] l. 11. D. de dote prael. 33, 4.

relegata)[2]; dies ist ein Fall des legatum debiti. Das Vermächtniß ist dem Gläubiger dadurch vortheilhaft, das die Restitutionsfrist sowie die Gegenansprüche wegen Verwendungen außer wegen imp. necessariae wegfallen[3] (§§ 341. 342). Besteht die Dos im Augenblick des Todes des Erblassers nicht, so gelten die in § 452 Note 14 dargestellten Grundsätze[4].

V. Das Universalvermächtniß.

A. § 454. Historische Einleitung.

Vangerow, § 556.

In den bei weitem häufigsten Fällen ist der Gegenstand des Vermächtnisses ein einzelnes Stück des Nachlasses oder eine Mehrzahl derselben (Singularvermächtniß); es ist aber auch zulässig, Jemandem eine Quote des Nachlasses durch Vermächtniß zuzuwenden. Ein solches Vermächtniß streift nahe an die Erbeinsetzung; nichtsdestoweniger unterlag es in republicanischer Zeit den Vermächtnißgrundsätzen, in der Kaiserzeit aber wurde darauf ein Theil der Erbeinsetzungsgrundsätze übertragen, so daß dasselbe im Justinianischen und heutigen Gemeinen Recht eine juristische Zwitternatur hat. — Wie das Vermächtniß überhaupt, so hat auch das Erbschaftsvermächtniß sich in zwei Gestaltungen entwickelt: als legatum und als fideicommissum hereditatis.

1. Legatum hereditatis[1]. Die ganze Erbschaft konnte nicht legirt werden, da die lex Voconia und Falcidia (§ 446 Note 4. 5) dem entgegenstanden. Häufig ward gerade die Hälfte legirt (partitio legata, z. B. Derjenige, der seinem geschäftserfahrenen Sohne und seiner geschäftsunkundigen Tochter seinen Nachlaß zuwenden wollte, setzte den Sohn zum heres ex asse ein und legte ihm ein leg. partit. an die Tochter auf). Der legatarius partiarius war kein Miterbe: weder Eigenthum noch Forderungen noch Schulden des Erblassers gingen auf ihn über; er hatte eine Forderung an den Erben, daß er ihm den vermachten Theil an den erbschaftlichen Rechten resp. deren Werth leiste[2], andererseits hatte der Erbe eine Forderung an den Legatar, daß er den entsprechenden Theil der Erbschaftsschulden tilge. Um diese beiden Forderungen in einen festen juristischen Rahmen zu bringen, wurden zwischen dem Erben und Legatar stipulationes partis et pro parte abgeschlossen.

2. Fideicommissum hereditatis[3] (her. fideicommissaria, Universalfideicommiß). Hier konnte ein Theil oder das Ganze Gegenstand des Vermächtnisses sein, denn die l. Voconia galt niemals für Fideicommisse, die l. Falcidia erst seit Vespasian (§ 437 N. 12); man ordnete ein Universalfideicommiß namentlich dann an, wenn man die strengeren Vorschriften, welche bloß bei Erbeinsetzungen, nicht aber bei Fideicommissen galten, umgehen wollte. Die Stellung des Fideicommissars gegenüber dem

[2] t. D. 33, 4: de dote praelegata. — [3] l. 1. §§ 2—4. l. 5. D. h. t. 33, 4. — [4] l. 1. pr. §§ 5—7. D. h. t. 33, 4; § 15. I. de leg. 2, 20.

[1] Ulp. 24, 25. 25, 15. — [2] l. 26. § 2. l. 27. D. de leg. 1. (30). — [3] Gai. 2, 248—259; Pauli s. r. 4, 3. 4; Ulp. 25, 14—16.

Erben (heres fiduciarius) war analog der des legatarius partiarius; zwischen ihnen wurden stip. partis et pro parte abgeschlossen, wenn ein Theil der Erbschaft den Gegenstand des Fideicommisses bildete; war es die ganze Erbschaft, so waren es stip. quasi emtae venditae hereditatis, d. h. Stipulationen, wie sie zwischen Käufer und Verkäufer einer Erbschaft üblich waren. Das sct. Trebellianum[4] unter Nero bestimmte, daß der Fideicommissar nach der Restitution der Erbschaft Seitens des Fiduciars loco heredis sein sollte, d. h. daß er wie ein Erbe (heres fideicommissarius) behandelt und daß actiones utiles für und gegen ihn wie für und gegen einen Erben gegeben werden sollten; bezüglich des restituirten Erbtheils war der Fiduciar bloß dem Namen nach Erbe und die obgedachten Stipulationen fielen weg. Das Senatusconsult ward theilweis außer Anwendung gesetzt, als das sct. Pegasianum (§ 437 Note 12) die Falcidische Quart auf Fideicommisse übertrug; sobald nämlich das Viertel dem Fiduciar nicht freigelassen war, kehrte man nothgedrungen (nämlich weil nicht einem Erben, sondern nur einem Vermächtnißnehmer die Quart abgezogen werden kann) zu dem vortrebellianischen Rechte zurück. — Das sct. Pegasianum berechtigte den Fideicommissar, den Fiduciar, welcher die Erbschaft als überschuldet nicht antreten und das Fideicommiß ungiltig machen wollte, zum Antritt zu zwingen; in einem solchen Falle galt das sct. Trebellianum, der Fiduciar war bloß dem Namen nach Erbe und der Fideicommissar trat völlig an seine Stelle. — Justinian[5] beließ es bei den Bestimmungen des sct. Pegasianum, soweit sie die Quart betreffen; den Zwang zum Antritt erweiterte er, indem er ihn auch bei nichtüberschuldeter Erbschaft zulässig erklärte; endlich verlieh er dem Fideicommissar stets die Erbenqualität, es mochte dem Fiduciar die Quart belassen sein oder nicht; er fügte hinzu, es sollten die noch giltigen Bestimmungen des sct. Pegasianum (über die Quart) als Bestandtheile des sct. Trebellianum angesehen werden; davon nahm man im Mittelalter den Anlaß, die Falcidische Quart in ihrer Anwendung auf Universalfideicommisse quarta Trebellianica zu benennen. Die Justinianische Verordnung hat die Gesetzgebung über das Universalfideicommiß zu keinem genügenden Abschluß gebracht; noch immer hat das Universalfideicommiß eine juristische Zwitternatur: es unterliegt zum Theil den Bestimmungen über Vermächtnisse (§§ 455. 457), zum Theil denen über die Erbeinsetzung (§ 456 unter 3. § 458). Erst neuere Particulargesetzgebungen haben das von Justinian Versäumte nachgeholt, und das Universalfideicommiß völlig für eine Erbeinsetzung erklärt; als solche führt es den Namen der fideicommissarischen Substitution.

Ueber das legatum hereditatis traf die Gesetzgebung der Kaiserzeit keine besonderen Anordnungen, und Einige behaupten deshalb, daß die Vorschriften des classischen Rechts noch giltig seien. Allein aus der Justinianischen Verordnung über die Ausgleichung der Legate und Fideicommisse (§ 437 Note 2) folgt, daß das billigere Recht der Universalfideicommisse auch für das leg. hered. gilt[6]; nur da kann das classische Recht

---

[4] l. 1. § 2. D. ad. sct. treb. 36, 1. — [5] § 7. I. de fid. her. 2, 23. — [6] cf. l. 19. § 1. D. ad sct. treb. 36, 1.

des leg. her. noch Anwendung finden, wo der Erblasser seine Anwendung vorschreibt.

B. Dogmatische Darstellung.

t. D. XXXVI, 1; t. C. VI, 49: ad Sctum Trebellianum. t. I. II, 23: de fideicommissariis hereditatibus.

1) § 455. Begriff, Errichtung und Erwerb des Universalfideicommisses.

Vangerow, § 558.

1. Begriff. Universalfideicommiß ist dasjenige Vermächtniß, dessen Object der dem Beschwerten hinterlassene Nachlaß des Erblassers ganz oder zum Theil ist. Nicht unter diesen Begriff fällt es, wenn der Nachlaß eines Dritten zum Gegenstand des Vermächtnisses gemacht wird [1], außer wenn der Erblasser selbst diesen Nachlaß geerbt hatte [2].

2. Ueber die Errichtung des Universalfideicommisses gelten die Regeln der §§ 438—442. Hinzuzufügen ist, daß, wenn Ascendenten ihren Descendenten ein Universalfideicommiß auf den Fall ihres Todes auferlegen, stillschweigend die Bedingung supplirt wird, daß die Descendenten kinderlos versterben [3].

3. Ueber den Erwerb des Universalfideicommisses gelten die Regeln des § 443 [4]. Hinzuzufügen ist, daß der Fideicommissar den Fiduciar zum Antritt der Erbschaft zwingen kann [5]; der Fiduciar kann, wenn er vom Fideicommissar zum Antritt aufgefordert wird, eine Ueberlegungsfrist erbitten [6]. — Ist der Fiduciar unter einer Bedingung eingesetzt, so kann er in der Regel erst nach Erfüllung der Bedingung zum Antritt gezwungen werden [7]; ist jedoch die Bedingung eine potestative und mit keinem Opfer verbunden, so wird der Fiduciar zur Erfüllung der Bedingung gezwungen [8]; etwaige Auslagen muß ihm der Fideicommissar vorstrecken [9]; läßt der Inhalt der Bedingung die Erfüllung durch einen Anderen zu, so kann der Fideicommissar die Bedingung erfüllen [10]. — Ist der Fideicommissar unter einer Bedingung bedacht, so kann er, falls der Fiduciar der einzige Erbe ist, ihn schon vor Erfüllung der Bedingung zum Antritt zwingen, und es wird der Fiduciar, falls die Bedingung später deficirt, gegen den Antritt in integrum restituirt [11]. — Stirbt der Beschwerte nach dem Erblasser und ohne die Erbschaft angetreten zu haben, so gilt die Erbschaft als angetreten [12]; ebenso wenn der Beschwerte sich durch Abwesenheit der Erklärung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft entzieht [13].

---

[1] l. 27. §§ 8—10. D. h. t. 36, 1. — [2] l. 16. § 5. D. h. t. 36, 1. — [3] l. 30. C. de fideic. 6, 42; l. 6. C. de impub. 6, 25. — [4] l. 25. pr. l. 46. D. h. t. 36, 1; l. 21. C. de fideic. 6, 42. — [5] l. 4. D. h. t. 36, 1; l. 17. D. si quis om. c. t. 29, 4. — [6] l. 71. D. h. t. 36, 1. — [7] l. 63. § 9. D. h. t. 36, 1. — [8] l. 31. § 2. l. 63. § 7. D. h. t. 36, 1. — [9] l. 7. l. 31. § 2. l. 63. § 8. D. h. t. 36, 1. — [10] l. 7. l. 31. § 2. l. 63. § 8. D. h. t. 36, 1. — [11] l. 11. § 2. l. 12. l. 13. pr. l. 31. D. h. t. 36, 1. — [12] l. 13. § 4. l. 14. D. de test. mil. 29, 1; l. 7. § 1. C. h. t. 6, 49. — [13] l. 7. § 1. C. h. t. 6, 49.

2) Rechtliche Stellung des Fiduciars und Fideicommissars.

a. § 456. Bei freiwilligem Erbschaftsantritt des Fiduciars.

Vangerow, §§ 494. 523. 536.

Der Fiduciar ist verpflichtet, die Erbschaft ganz oder zum Theil zu gewisser Zeit dem Fideicommissar zu restituiren.

1. Bis zur Restitution ist der Fiduciar durchaus der Erbe; er hat namentlich das Eigenthum der Erbschaftssachen und erwirbt deren Früchte [1]; er kann die Erbschaftsforderungen einziehen und muß die Erbschaftsschulden und Vermächtnisse (§ 457) bezahlen [2]. Seine Verpflichtung, die Erbschaft einstens zu restituiren, äußert sich schon jetzt in dreifacher Hinsicht: a) bei der Verwaltung der Erbschaft steht der Fiduciar bald für culpa levis, bald für c. lata ein, je nachdem er nach der Restitution noch Vortheile behält oder nicht [3] (§ 444 Note 8); b) der Fiduciar hat kein Recht, Erbschaftssachen zu veräußern (§ 127 Note 3) außer, wenn es an anderweiten Mitteln zur Befriedigung der Gläubiger und Vermächtnißnehmer fehlt [4], wenn es sich um leicht verderbliche Sachen handelt [5], wenn der Fiduciar ein Kind des Erblassers ist und er einer Dos resp. donatio propter nuptias bedarf [6], wenn der Fideicommissar [7] oder der Erblasser die Veräußerung erlaubt haben; eine Erlaubniß des Erblassers liegt namentlich in dem sog. fideicomm. eius quod superest, d. h. in der Auflage Dasjenige zu restituiren, was bei dem Tode des Fiduciars von der Erbschaft noch vorhanden sein werde; es kann alsdann der Fiduciar nach einer Verordnung Justinians [8] drei Viertel unbedingt verbrauchen, das letzte Viertel nur im Falle der Noth oder zum Loskauf von Gefangenen; c) der Fiduciar erwirbt den Anspruch auf verhältnißmäßige Erstattung von Verwendungen resp. auf Abnahme von Verpflichtungen, die er bei der Verwaltung der Erbschaft eingegangen ist [9].

2. Die Restitution selbst besteht in einer formlosen Erklärung des Fiduciars an den Fideicommissar, daß er ihm die Erbschaft resp. einen Theil derselben herausgebe [10]; Stellvertretung ist auf beiden Seiten zulässig [11]. Ist der Fiduciar ohne Erben gestorben oder entzieht er sich durch Abwesenheit der Erklärung, oder ist einem Fideicommissar ein weiteres Universalfideicommiß auferlegt, so gilt die Erklärung ohne Weiteres als abgegeben [12]. — Der Fiduciar ist verpflichtet, die Erklärung, soviel an ihm liegt, zu verwirklichen, d. h. die einzelnen erbschaftlichen Bestandtheile dem Fideicommissar thatsächlich herauszugeben, dazu den Ersatz des Schadens zu leisten, für welchen er wegen einer von ihm zu prästirenden Culpa oder Mora aufkommen muß. Was

[1] l. 18. pr. § 2. l. 27. § 1. D. h. t. 36, 1. — [2] l. 27. § 7. D. h. t. 36, 1; l. 104. D. de sol. 46, 3. — [3] cf. l. 22. § 3. D. h. t. 36, 1. — [4] l. 38. pr. D. de leg. 3. (32). — [5] l. 22. § 3. D. h. t. 36, 1. — [6] l. 22. § 4. D. h. t. 36, 1; Nov. 39. c. 1. — [7] cf. l. 11. C. de fideic. 6, 42. — [8] Nov. 108; das ältere Recht s. in l. 54. l. 58. D. h. t. 36, 1; l. 70. § 3. D. de leg. 2. (31). — [9] l. 19. § 2. l. 22. § 3. l. 36. l. 69. D. h. t. 36, 1. — [10] l. 37. pr. § 2. l. 38. l. 40. § 2. D. h. t. 36, 1. — [11] l. 37. pr. D. h. t. 36, 1. — [12] l. 7. § 1. C. h. t. 6, 49.

der Fiduciar nicht als Erbe[13] resp. nicht aus der Erbschaft erworben hat, braucht er nicht herauszugeben, also nicht diejenigen Theile des Prälegats, welche er von den Miterben erhalten hat (§ 438 N. 13)[14], ferner nicht das implendae condicionis causa acceptum[15] (§ 460). Die Früchte vor Antritt der Erbschaft muß er herausgeben[16], nicht aber diejenigen vom Antritt der Erbschaft bis zum Augenblick seiner Mora[17]. Streitig ist, ob er eine ihm accrescirende Portion herausgeben müsse; die Quellen übergehen diese Frage; es ist zu vermuthen, daß der Wille des Erblassers auch auf die Herausgabe der accrescirenden Portion gerichtet sei. Niemals braucht der Fiduciar mehr als drei Viertel der Erbschaft (seines Erbtheils) herauszugeben: er ist zum Abzug der sog. quarta Trebellianica befugt. Es gelten hiebei, wie nach langem Streite jetzt fast allgemein angenommen wird, dieselben Grundsätze wie bei der Falcidischen Quart[18]. Hiernach muß der Fiduciar auf die Quart einrechnen, was er zufolge Verfügung des Erblassers *von seinem Erbtheil* zurückbehält[19], es sei dies eine Quote (diese hat er iure heredis) oder eine Summe (diese hat er zwar iure legatarii, aber doch immer aus seinem Erbtheil); ist es aber eine specielle Sache (— auch diese hat er iure legatarii —), so muß er den Theil derselben anrechnen, welcher in seinen Erbtheil fällt, nicht diejenigen Theile, welche in die Erbtheile seiner Miterben fallen; ferner muß er eine Summe anrechnen, die ihm der Fideicommissar nach der Anordnung des Erblassers zahlt[20] (diese hat er zwar iure legatarii, aber sie ist Ersatz für die Erbschaft resp. den Erbtheil); ferner die Früchte der Erbschaft (des Erbtheils) vom Antritt derselben bis zu dem Augenblick, wo das Fideicommiß fällig geworden ist[21] (diese hat er iure heredis); nur wenn Jemand seinen Kindern ein Universalfideicommiß auferlegt, so brauchen diese die Früchte auf die Quart nicht anzurechnen[22]. Nicht auf die Quart wird angerechnet das condicionis implendae causa acceptum[23], ferner nicht der Theil des Prälegats, welchen der Fiduciar vom Miterben empfängt[24]; denn das erstere stammt nicht aus der Erbschaft, das letztere nicht aus der Erbportion des Fiduciars, auch sind sie kein Ersatz für diese. — Dort, wo die Falcidische Quart nicht abgezogen werden darf (§ 446), fällt auch die Trebellianische Quart weg.

3. *Nach der Herausgabe ist der Fiduciar bezüglich der restituirten Erbschaft resp. Erbportion bloß dem Namen nach Erbe, der wirkliche Erbe in dieser Beziehung ist der Fideicommissar und alle Rechte des Fiduciars stehen nunmehr dem Fideicommissar zu*[25]; es stehen ihm jetzt auch alle Klagen

[13] l. 59. i. f. D. h. t. 36, 1. — [14] l. 18. § 3. D. h. t. 36, 1. — [15] l. 44. § 4. D. de cond. 35, 1. — [16] l. 27. § 1. D. h. t. 36, 1. — [17] l. 18. § 2. l. 22. § 2. l. 27. § 1. l. 44. § 1. D. h. t. 36, 1. — [18] Gai. 2, 254; l. 27. § 10. l. 64. § 3. D. h. t. 36, 1. — [19] l. 91. l. 93. D. ad l. falc. 35, 2; l. 58. § 3. D. h. t. 36, 1; l. 77. pr. D. de leg. 2. (31). — [20] l. 30. § 7. l. 91. l. 93. D. ad l. falc. 35, 2; l. 63. § 5. D. h. t. 36, 1. — [21] l. 22. § 2. D. h. t. 36, 1; l. 8. § 11. D. de inoff. 5, 2. — [22] l. 6. C. h. t. 6, 49. — [23] l. 30. § 7. D. ad. l. falc. 35, 2; in l. 91. eod. sind die Worte sed et quod implendae — sciendum est ein Glossem. — [24] l. 86. l. 91. D. ad l. falc. 35, 2; l. 24. C. fam. erc. 3, 36. — [25] l. 27. § 7. l. 63. pr. D. h. t. 36, 1; §§ 4. 7. I. h. t. 2, 23.

eines Erben utiliter zu[26], sowohl die Singular- als die Universalklagen[27], als auch endlich, wenn Miterben oder andere Universalfideicommissare vorhanden sind, die act. famil. erc. utilis[28]; umgekehrt kann er von den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern (§ 457) mit act. utiles belangt werden. Restituirt der Fiduciar einen größeren Erbtheil als ihm aufgetragen ist, so gilt bezüglich des Mehr der Fideicommissar nicht als Erbe[29], sondern als Einer, der das Mehr durch ein Geschäft unter Lebenden erworben hat (§ 436). Restituirt der Fiduciar vorzeitig, so gilt der Fideicommissar vorläufig nicht als Erbe, wird es aber mit rückwirkender Kraft, falls er nach eingetretenem Zeitpunkt die vorzeitige Restitution genehmigt[30].

§ 457. Insbesondere von der Tragung ausgesetzter Singularvermächtnisse.

Vangerow, § 559.

Der Erblasser kann dem Fiduciar außer dem Universalfideicommiß noch Singularvermächtnisse auferlegen; ebenso kann er dem Universalfideicommissar Vermächtnisse auferlegen. Letztere trägt der Fideicommissar allein und ohne den Bedachten die Quart abzuziehen (§ 446 N. 8). Erstere tragen der Fiduciar und der Fideicommissar zusammen nach Verhältniß der dem Fiduciar verbleibenden resp. der dem Fideicommissar restituirten Erbschaftsportion[1]; dabei kann der Fiduciar nöthigenfalls die Quart abziehen, nicht aber der Fideicommissar[2]. Falls der Fiduciar dem Fideicommissar die ganze Erbschaft restituirt, so trägt letzterer allein die Vermächtnisse[3]; ist aber in diesem Falle der Fiduciar wegen der Trebellianischen Quart auf einzelne Sachen oder Summen angewiesen worden, und betragen dieselben mehr als die Quart, so können die Singularvermächtnißnehmer, sofern die restituirte Erbschaft zu ihrer Befriedigung nicht zureicht, sich bezüglich des Mehr an den Fiduciar halten[4]. Hat der Erblasser verordnet, daß der Fiduciar die Singularvermächtnisse allein tragen solle, so hat es dabei sein Bewenden; doch wird durch eine solche Verordnung der Umfang der Quart nicht geschmälert[5].

b. § 458. Bei erzwungenem Erbschaftsantritt des Fiduciars.

Vangerow, § 558.

Hat der Fiduciar die Erbschaft gezwungen angetreten, so bleibt das Testament im Allgemeinen bei Kräften, und daher sind die angeordneten Vermächtnisse, Pupillarsubstitutionen, Vormundsernennungen giltig[1]; der Fiduciar jedoch ist nur dem Namen nach Erbe und hat von seinem Erbschaftsantritt in der Regel weder Vortheil noch Nachtheil[2]; er kann deshalb dem Fideicommissar nicht die Quart ab-

---

[26] l. 1. § 2. D. h. t. 36, 1; § 4. I. h. t. 23. — [27] t. D. 5, 6: de fideicommissaria hereditatis petitione. — [28] l. 27. § 11. D. h. t. 36, 1. — [29] l. 63. § 3. D. h. t. 36, 1. — [30] l. 10. D. h. t. 36, 1.

[1] l. 2. C. h. t. 6, 49; l. 1. § 20. D. h. t. 36, 1; l. 1. § 19. l. 15. § 1. D. ut leg. 36, 3. — [2] l. 2. l. 3. § 2. l. 51. D. h. t. 36, 1. — [3] l. 1. § 21. D. h. t. 36, 1. — [4] l. 1. § 17. D. h. t. 36, 1. — [5] l. 3. pr. D. h. t. 36, 1.

[1] l. 11. § 1. l. 14. § 3. D. h. t. 36, 1; cf. l. 63. § 13. l. 66. pr. eod. — [2] l. 4. l. 27. § 2. l. 55. § 3. D. h. t. 36, 1; § 7. i. f. I. h. t. 2, 24.

ziehen[3]; er muß, auch wenn ihm der Erblasser die Restitution von nur einem Theil der Erbschaft aufgetragen hat, dennoch die ganze Erbschaft dem Fideicommissar restituiren[4]; selbst die durch Pupillarsubstitution an ihn gelangende Erbschaft eines Pupillen muß er dem Fideicommissar dann herausgeben, wenn jene lediglich durch den erzwungenen Erbschaftsantritt giltig geworden ist, d. h. wenn der Fiduciar zum alleinigen Erben eingesetzt war[5]. Ausnahmsweise bleiben dem Fiduciar einige Vortheile: die Früchte, die er von dem Erbschaftsantritt bis zur Restitution resp. bis zu seiner Mora bezogen hat[6], das condicionis implendae causa acceptum[7] (§ 460), die Pupillarerbschaft, vorausgesetzt daß außer dem Fiduciar noch Andere die Erbschaft ex testamento angetreten haben. — An Stelle des Fiduciars ist der Fideicommissar der wirkliche Erbe; er kann von den Vermächtnissen die Quart in Abzug bringen, wenn der Fiduciar dazu befugt gewesen wäre, falls er freiwillig angetreten hätte; nicht also darf er sie von den ihm selbst auferlegten Vermächtnissen in Abzug bringen[8].

Anhang.

Die mortis causa donatio und capio.

1) § 459. Die mortis causa donatio.

t. D. XXXIX, 6: de mortis causa donationibus et capionibus. — t. C. VIII, 57: de donationibus causa mortis. — Keller, Institutionen, § 338. — Cohen, Lehre des R. R. von der Schenkung von Todeswegen. 1878. — Savigny, System, §§ 170—174. — Vangerow, §§ 561—563.

Von der mortis causa donatio geben die Quellen in l. 1. pr. D. h. t.[1] nicht sowohl eine Definition, als vielmehr eine Beschreibung: mortis causa donatio est, quum quis habere se mavult, quam eum cui donat, magisque eum cui donat, quam heredem suum. — Die Definition der m. c. donatio ist so zu fassen: sie ist eine Schenkung, welche Jemand unter der Suspensiv- oder Resolutivbedingung macht, daß er den Beschenkten nicht überlebe; die Suspensivbedingung ist gebräuchlicher als die resolutive[1a]. Am häufigsten wird die don. mortis causa wegen einer dem Schenker unmittelbar bevorstehenden Lebensgefahr unter der Bedingung gemacht, daß er die Lebensgefahr nicht überstehe; aber auch dann liegt eine mortis causa donatio vor, wenn Jemand, der sich nicht in Lebensgefahr befindet, im Hinblick auf seinen dereinstigen Tod (sola cogitatione mortalitatis) eine Schenkung macht[2]. — Die mortis causa donatio ist zwar an sich ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, doch ähnelt sie stark dem Vermächtniß vermöge der Bedingung, unter welcher sie abgeschlossen wird. Mit der Schenkung unter Lebenden nämlich hat sie das gemein, daß sie eine gegenwärtige Vermögensbereicherung enthält; denn, je nachdem sie unter einer Resolutiv- oder unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen wird, gelangt

---

[3] l. 63. § 11. D. h. t. 36, 1. — [4] l. 16. § 9. D. h. t. 36, 1. — [5] l. 27. § 2. D. h. t. 36, 1. — [6] l. 27. § 1. D. h. t. 36, 1. — [7] l. 44. §§ 4. 5. D. de cond. 35, 1. — [8] l. 55. § 2. l. 63. § 11. D. h. t. 36, 1.

[1] cf. l. 35. § 2. D. h. t. 39, 6; § 1. I. de don. 2, 7. — [1a] l. 1. pr. D. de don. 39, 5; l. 13. pr. D. h. t. 39, 6. — [2] l. 2. l. 35. § 4. D. h. t. 39, 6.

das geschenkte Recht (das Eigenthum, das ius in re aliena, die Forderung, die Freiheit von einer Last)[3] oder doch die Hoffnung auf jenes[4] sofort an den Beschenkten. Mit dem Vermächtniß hat die mortis causa donatio zweierlei gemeinsam. Einmal, daß sie von selbst ungiltig wird, wenn der Schenker die Lebensgefahr übersteht[5] resp. wenn er den Beschenkten überlebt[6] (sterben Schenker und Beschenkter gleichzeitig, so bleibt die mortis causa donatio bei Kräften)[7]. Sodann, daß der Schenker ohne allen Grund (aus bloßer Willensänderung) widerrufen kann[8], außer wenn er hierauf besonders verzichtet hat[9]. Wegen dieser Verwandtschaft mit dem Vermächtniß wurde die mortis causa donatio mehrfach von den classischen Juristen nach den Grundsätzen über Vermächtnisse behandelt; in welchem Umfang dies erfolgen solle, war unter ihnen streitig; Justinian[10] entschied, daß in den bestrittenen Punkten die Vermächtnißgrundsätze angewendet werden sollen. Hiernach ist das Recht der mortis causa donatio folgendes:

1. In folgenden Fällen werden die Grundsätze des Vermächtnisses angewendet: Der Beschenkte muß zur Bezahlung der Erbschaftsschulden beitragen (die don. m. c. ist also ungiltig, wenn der Nachlaß insolvent ist)[11], er muß sich einen Abzug behufs Entrichtung der Falcidischen Quart gefallen lassen[12], er hat den Notherben gegenüber nicht mehr Rechte als ein Vermächtnißnehmer[13], er bedarf der Capacität[14], er kann mit einem Vermächtniß beschwert werden[15], mehrere Beschenkte haben das Accrescenzrecht[16], die cond. iuris iurandi wird dem von Todeswegen Beschenkten erlassen[17], das Recht der cautio Muciana gilt bei Schenkungen von Todeswegen, die unter einer condicio non faciendi gemacht sind[18], ein Vergleich über mortis causa geschenkte Alimente bedarf der richterlichen Genehmigung[19]. Streitig ist, ob zur Giltigkeit der mortis causa donatio die active und passive Testamentifactio des Schenkers resp. des Beschenkten gehört; in den Quellen wird (abgesehen vom Hauskind, welches mit Erlaubniß des Vaters Schenkungen auf den Todesfall vornehmen kann)[20] die erstere für erforderlich erklärt[21], die letztere hingegen wird mit Stillschweigen übergangen. Streitig ist ferner, ob die mortis causa donatio wegen Unwürdigkeit verloren geht; es ist dies zu bejahen[22], außer wenn der Unwürdigkeitsgrund in der unbegründeten Anfechtung eines Testaments liegt[23] (vgl. § 426 Note 22).

---

[3] l. 2. l. 29. l. 30. §§ 3. 7. D. h. t. 39, 6. — [4] l. 2. i. f. l. 29. D. h. t. 39, 6; l. 15. i. f. D. de manum. 40, 1. — [5] l. 14. l. 24. l. 35. § 3. l. 39. D. h. t. 39, 6. — [6] l. 35. § 2. l. 44. D. h. t. 39, 6. — [7] l. 26. D. h. t. 39, 6. — [8] l. 16. l. 30. D. h. t. 39, 6; § 1. I. de don. 2, 7. — [9] l. 13. § 1. l. 35. § 4. D. h. t. 39, 6; Nov. 87. — [10] l. 4. C. h. t. 8, 57; § 1. I. de don. 2, 7; Nov. 87. praef. — [11] l. 17. D. h. t. 39, 6; l. 66. § 1. D. ad l. falc. 35, 2. — [12] l. 2. C. h. t. 8, 57; l. 7. C. ad l. Falc. 6, 50. — [13] l. 1. § 1. D. si quid in fr. patr. 38, 5; l. 3. pr. l. 5. § 7. l. 20. pr. D. de leg. pr. 37, 5; l. 18. § 1. D. de b. p. c. t. 37, 4. — [14] l. 9. l. 35. D. h. t. 39, 6; l. 37. eod. — [15] l. 1. C. h. t. 8, 57. — [16] l. un. § 14. C. d. cad. toll. 6, 51. — [17] l. 8. § 3. D. de cond. inst. 28, 7. — [18] Nov. 22. c. 14. — [19] l. 8. § 1. D. de transact. 2, 15. — [20] l. 7. § 4. D. de don. 39, 5; l. 25. § 1. D. h. t. 39, 6. — [21] l. 7. l. 15. D. h. t. 39, 6; l. 32. §§ 7. 8. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 1. § 1. D. de tut. 27, 3; Nov. 87. Vat. fr. 259. — [22] Nov. 1. c. 1. § 4. cf. l. 5. § 18. D. de his quae ut ind. 34, 9. — [23] l. 5. § 17. D. de his quae ut ind. 34, 9.

2. In folgenden Fällen werden die Grundsätze der Schenkung unter Lebenden angewendet: die Schenkung von Todeswegen ist vom Schicksal des Nachlasses unabhängig, und sie geht daher nicht unter, wenn der Nachlaß weder an einen Erben noch an Fiscus gelangt; eine Rentenschenkung von Todeswegen ist eine einzige Schenkung[24] (§ 450 Note 36. 37), die Schenkung eines ganzen Vermögens macht den Beschenkten nicht zum Universalsuccessor[25].

Hinsichtlich der bei Errichtung der mortis causa donatio zu beobachtenden Form erließ Justinian ein besonderes Gesetz[26]. Bis zu diesem Gesetze nämlich galt für die Schenkung von Todeswegen dieselbe Errichtungsweise wie für die Schenkung unter Lebenden (d. h. Formlosigkeit für Schenkungen bis 500 Solidi, gerichtliche Insinuation für größere Schenkungen, § 69 unter II); diese Errichtungsweise ließ Justinian bestehen, führte aber zugleich eine zweite ein, nämlich die Zuziehung von fünf Zeugen. Man streitet nun darüber, ob diese Vorschrift strict zu interpretiren, oder ob nicht vielmehr Justinian mit den fünf Zeugen die Codicillarform bezeichnen wollte; die practische Differenz der beiden Meinungen liegt darin, daß nach der zweiten, falls die Schenkung schriftlich errichtet wird, die Zeugen unterschreiben müssen, und daß im Falle besonderer Umstände (§ 439 N. 5) die Fünfzahl der Zeugen vermehrt resp. vermindert wird. Die zweite Meinung empfiehlt sich deshalb, weil Justinian sich in demselben Gesetz zu Gunsten der Vermächtnißtheorie entschied (oben N. 10).

2) § 460. Die mortis causa capio.

t. D. XXXIX, 6: de mortis causa donationibus et capionibus. — Keller, Institutionen, § 339.

Von der mortis causa capio geben die Quellen in l. 31. pr. D. h. t. folgende Beschreibung: mortis causa capitur, quum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. Hiernach umfaßt die m. c. capio verschiedene Erwerbungen; es fällt nicht unter die mortis causa capio der Erwerb durch Erbeinsetzung, Vermächtniß, Schenkung von Todeswegen[1]; wohl aber fällt darunter

1. was Jemand im Fall des Todes einer bestimmten Person nicht von dieser erwirbt, namentlich eine Schenkung auf den Fall, daß ein Dritter eine ihm bevorstehende Lebensgefahr nicht übersteht[2];

2. was Jemand für die Annahme resp. für die Ausschlagung einer ihm deferirten Erbschaft resp. eines ihm hinterlassenen Vermächtnisses erhält[3];

3. das condicionis implendae causa datum. Es kann ein Erblasser Jemanden unter der Bedingung zum Erben einsetzen resp. mit einem Vermächtniß bedenken, daß er einem Anderen etwas leiste[4]. Das hierdurch

---

[24] l. 35. § 7. D. h. t. 39, 6. — [25] l. 42. pr. D. h. t. 39, 6. — [26] l. 4. C. h. t. 8, 57.

[1] l. 38. D. h. t. 39, 6. — [2] l. 8. pr. l. 31. § 2. (sed et dos ....) D. h. t. 39, 6. — [3] l. 8. pr. l. 21. l. 31. § 2. D. h. t. 39, 6. — [4] l. 8. pr. l. 31. § 2. l. 38. D. h. t. 39, 6.

Hinterlassene unterscheidet sich von einem Vermächtniß dadurch, daß Derjenige, an welchen die Leistung gemacht werden soll, keinen Anspruch (also auch keine Klage) gegen den bedingt Eingesetzten resp. Bedachten hat[5], sowie dadurch, daß die Leistung, wenn sie erfolgt, nicht aus der Erbschaft stammt[6]; vgl. § 447 Note 24 und § 456 Note 23. Im Uebrigen ist eine solche Anordnung einem Vermächtniß ähnlich, daher sie in vielen Beziehungen den Grundsätzen des Vermächtnisses unterworfen wurde. So gilt sie nur dann, wenn Derjenige, welchem die Leistung gemacht werden soll, die Capacität hat[7]; der Empfänger des cond. impl. c. datum verliert es wegen Unwürdigkeit[8], er kann mit einem Vermächtniß beschwert werden[9], er muß sich Seitens des Erben einen Abzug auf Grund des Falcidischen Gesetzes gefallen lassen[10]; ein Vergleich über Alimente, welche auf diese Weise zugewendet worden sind, bedarf der gerichtlichen Genehmigung[11].

---

[5] l. 8. D. si quis o. m. t. 29, 4. — [6] l. 36. D. h. t. 39, 6. — [7] l. 9. l. 36. D. h. t. 39, 6. — [8] l. 5. § 18. D. de his quae ut ind. 34, 9. — [9] l. 96. § 4. D. de leg. 1. (30). — [10] l. 18. D. ad l. falc. 6, 50. — [11] l. 8. § 2. D. de transact. 2, 15.

Register.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten, zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§. die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.

Die großen arabischen Zahlen bedeuten die §§, die kleinen die Noten.
zw. = zwischen. Anf. = Anfang. a. E. = am Ende.



Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.